K. J. Andreopoulos.

Freiburg im Br. 1970.

DIE UNTERBETEILIGUNG AN HANDELSGESELLSCHAFTSANTEILEN

IM DEUTSCHEN UND GRIECHISCHEN RECHT

-.-.-

Inaugural-

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Albert-Ludwigs-Universität

zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Konstantin Johannes Andreopoulos

1970

Dekan: Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfram Müller-Freienfels
Erstreferent: Prof. Dr. Dr. h. c. Ernst von Caemmerer
Zweitreferent: Prof. Dr. Fritz Rittner

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1970

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Seite

Seite

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS:

a.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AdHGB	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien
AO	Reichsabgabeordnung v. 13. 12. 1919
AP	Arios Pagos (Areopag)
ApG	Appellationsgericht
Art.	Artikel
BB	Der Betriebs-Berater
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BStBl	Bundessteuerblatt
DB	Der Betrieb
EEN	Efimeris Ellinon Nomikon (Griechische Juristen-Zeitung)
Ep.Emp.Dik.	Epitheorisis Emporikou Dikaiou(Revue für das Handelsrecht)
EStG	Einkommensteuergesetz i.d.F.v. 1o.12.65
FG	Finanzgericht
FR	Finanzrundschau
GGmbHG	Griechisches Gesetz betr.die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GHGB	Griechisches Handelsgesetzbuch
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Rdsch	Rundschau für GmbH
GZGB	Griechisches Zivilgesetzbuch
GZPO	Griechische Zivilprozeßordnung
IZGB	Ionisches Zivilgesetzbuch
JR	Juristische Rundschau

KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
RStBl	Reichssteuerblatt
StAnpG	Steueranpassungsgesetz v. 16.10.1934
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ab 60, 1907): und Konkursrecht

E I N L E I T U N G

§ 1 Allgemeine Beweggründe für Gesellschaftsgründungen. - Die Innengesellschaft

Das geltende Recht macht es dem einzelnen möglich, sich im Geschäftsverkehr mit anderen Teilnehmern zu verbinden, um durch die so entstandene Gemeinschaft die Erreichung eines bestimmten Zweckes zu fördern. Die Ratio für die Bildung einer solchen Gemeinschaft liegt darin, daß die Verwirklichung dieses Zieles vielfach erhebliche finanzielle Mittel bzw. hochqualifizierte Fachkenntnisse verlangt, über die der einzelne meist nicht allein verfügt.

Der Zusammenschluß erfolgt im allgemeinen in der Form einer Gesellschaft und zwar einer Erwerbsgesellschaft. Ob die Gesellschaft eine eigene Rechtspersönlichkeit erlangt und damit zum selbständigen Rechtssubjekt wird, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Wichtig ist, daß es den Vertragschliessenden darauf ankommt, als Mitglieder der Gesellschaft am wirtschaftlichen Leben teilzunehmen.

Falls eine BGB-Gesellschaft als Rechtsform gewählt wird, steht die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§ 709 BGB). Durch den Gesellschaftsvertrag kann aber die Geschäftsführungsbefugnis auch einem einzelnen Gesellschafter allein eingeräumt werden. In diesem Fall hat der durch den Gesellschaftsvertrag bestellte Geschäftsführer im Zweifel auch die weitere Befugnis, die übrigen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten (§714 BGB). Das Gesellschaftsvermögen ist gesamthänderisch gebunden, und ein Gesellschafter kann über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht frei verfügen (§719 BGB).

Das BGB regelt also die sog. Gesamthandaußengesellschaft, bei der der Verband der Gesellschafter den

Dritten bekannt ist. In der Lehre[1] ist man sich darüber einig, daß das wesentliche Merkmal der Gesellschaft nicht etwa die gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens oder die Teilnahme der Gesellschafter an der Geschäftsführung ist, sondern die gegenseitige Verpflichtung der Gesellschafter, einen gemeinsamen Zweck in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Die Beteiligten müssen also lediglich das Innenverhältnis, die Beziehungen untereinander, gesellschaftlichen Regeln unterstellen, ohne gleichzeitig nach außen als Gesellschaft hervorzutreten.[2] Eine solche Gestaltungsmöglichkeit, bei der die Beteiligten nur im Innenverhältnis eine gemeinschaftliche Bindung ohne jede Wirkung nach außen bezwecken, wird als Innengesellschaft bezeichnet.

Eine Innengesellschaft liegt dann vor, wenn bei einer Gesellschaft die Geschäfte nach außen im Namen nur eines Gesellschafters, im Innenverhältnis aber für Rechnung aller Beteiligten abgeschlossen werden. Hauptmerkmal dieser Innengesellschaft ist also das Fehlen jeder Vertretung der Gesellschafter Dritten gegenüber.[3] Der handelnde Socius wird durch Rechtsgeschäfte allein berechtigt und verpflichtet, muß im Innenverhältnis aber die Geschäfte im Interesse und für Rechnung auch der übrigen Gesellschafter abwikkeln.

---

1) Soergel-Schultze-von Lasaulx vor § 7o5, Anm. 24.

2) Das gilt allerdings nur für die BGB-Gesellschaft, da die OHG und die KG notwendig Außengesellschaften sind. Vgl. dazu BGHZ 1o, S. 48 ff.

3) Steckhan, a.a.O., S. 12.

Streitig ist, ob die Innengesellschaft ein gesamthänderisch gebundenes Vermögen haben kann. Die herrschende Lehre[4] verneint dies mit der Begründung, daß das Vorhandensein eines Gesamthandvermögens als notwendige Rechtsfolge das Hervortreten der Gesellschafter nach außen habe, was mit dem Charakter der Innengesellschaft nicht zu vereinbaren sei.

Von diesen zwei Ausnahmen, d.h. dem Fehlen jeder Vertretung und dem Fehlen eines Gesamthandvermögens abgesehen,[5] werden auch auf die Innengesellschaft die Normen der §§ 7o5 ff. BGB angewandt. Die Gesellschafter sind verpflichtet, den gemeinsamen Zweck zu fördern, bzw. die vereinbarten Beiträge zu leisten. Jeder ist intern - soweit nichts anderes im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist - zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. In der Regel steht jedoch die Geschäftsführung dem nach außen hin auftretenden Gesellschafter zu,[6] während die übrigen Gesellschafter auf das Kontrollrecht des § 716 BGB angewiesen sind. So liegt es insbesondere in den Fällen, in denen die Beiträge der Innengesellschafter in das Vermögen des nach außen handelnden Gesellschafters einfließen, so daß dieser als Träger des ganzen Gesellschaftsvermögens die Interessen der Gesellschaft besser wahrnehmen kann. Ist allerdings dieser Socius nur eine vorgeschobene Person bzw. ein Treuhänder, dann haben die übrigen Gesellschafter ein starkes Interesse daran, daß die Geschäftsführung in ihren Hän-

---

4) Staudinger-Geiler, Anhang zu § 7o5 BGB, Anm. 15; Soergel-Schultze-von Lasaulx, Anm.32; - Palandt-Gramm, Anm.1 zu § 718 BGB; - Larenz, Schuldrecht II, S. 3o3; - Hueck, Gesellschaftsrecht, S.7; - OLG Braunschweig, BB 1951,266; - a.A. Koenigs,a.a.O., S.337; Schafheutle, a.a.O., S.34 ff.; - Hoeniger, a.a.O., S.463 f.; - vgl. auch die eingehende Darstellung der Problematik bei Steckhan, a.a.O.,S.74f.

5) Diese werden auch von der Rechtsprechung als die wesentlichen Merkmale der Innengesellschaft betrachtet (vgl. RGZ 166,16o ff.)

6) Peter, a.a.O., S.274.

den bleibt. Sie vertrauen ihm ihr Vermögen an, wollen ihm aber nicht allein die Entscheidung über die gesellschaftlichen Angelegenheiten überlassen.

Die durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumte Geschäftsführung und die mit ihr verbundene Vertretungsmacht des Außengesellschafters können durch einstimmigen Beschluß der Innengesellschafter entzogen werden (vgl. §§ 712 und 715 BGB).

§ 2 Möglichkeiten der verdeckten Beteiligung.
Die stille Beteiligung

Typische Erscheinungsform der Innengesellschaft ist die stille Beteiligung. Unter stiller Beteiligung versteht man eine nach außen hin nicht erkennbare Teilnahme des stillen Beteiligten entweder am Geschäftsbetrieb eines Einzelunternehmers bzw. einer Gesellschaft oder an dem Gesellschaftsanteil eines Gesellschafters. Dritte, die mit dem Geschäftsinhaber bzw. mit der Gesellschaft kontrahieren, brauchen von der Existenz der stillen Beteiligung keine Kenntnis zu haben. Der stille Beteiligte erwirbt den Dritten gegenüber weder Rechte, noch haftet er den Gläubigern seines Geschäftspartners. Dieser Haftungsausschluß den Gläubigern gegenüber ist gerade ein Grund für eine stille Beteiligung.[7] Bei der stillen Beteiligung können die Parteien die internen Beziehungen frei gestalten, so daß es dem Stillen möglich gemacht wird, seine Interessen durch die Einräumung von Kontrollrechten, Vorzugsgewinnen oder von Verlustausschluß in der bestmöglichen Weise wahrzunehmen.

---

7) Vgl. unten I. Hauptteil, § 1a.

a) Diese stille Beteiligung als anonyme Partnerschaft kommt im wirtschaftlichen Leben hauptsächlich[8)] in zwei Grundformen vor, von denen die eine ihre gesetzliche Regelung in den §§ 335 ff. HGB gefunden hat, während die andere nicht im Gesetz geregelt ist. Es handelt sich um die stille Gesellschaft und die Unterbeteiligung. Obwohl beide Unterarten der stillen Beteiligung sind, ist der Gegenstand der Beteiligung verschieden. Bei der stillen Gesellschaft ist Geschäftspartner des Stillen der Geschäftsinhaber. Dieser mag eine Einzelperson oder eine Gesellschaft sein. Im letzteren Fall steht der Stille in gesellschaftlichen Beziehungen zu der Gesellschaft selbst und nicht zu den einzelnen Gesellschaftern. Gegenstand der Beteiligung des stillen Gesellschafters ist also das Unternehmen als solches, gleichgültig ob dieses von einer Einzelperson oder einer Gesellschaft betrieben wird.[9)] Bei der Unterbeteiligung dagegen liegen die Verhältnisse anders. Gegenstand der Beteiligung ist hier nicht das Hauptunternehmen wie bei der stillen Gesellschaft,[1o)] sondern nur der Anteil eines Gesellschafters an der Hauptgesellschaft.

Gegenstand einer Unterbeteiligung ist also immer lediglich ein Gesellschaftsanteil.[11)] Folglich besteht das Gesellschaftsverhältnis nicht zwischen der Hauptgesellschaft und dem Unterbeteiligten, sondern allein

---

8) Unter dem Oberbegriff der stillen Beteiligung stehen nach herrschender Lehre auch die partiarischen Rechtsverhältnisse, vgl. unten II. Hauptteil, § 4.

9) Thoma, a.a.O., S.216, Fußn.3: "Der stille Gesellschafter eines Einzelkaufmanns ist nicht Unterbeteiligter, weil er nicht an einer Beteiligung beteiligt ist. Unterbeteiligter ist aber der stille Gesellschafter eines offenen Handelsgesellschafters."-Auch Reis, a.a.O., S.9: "...ein Einzelkaufmann einen Dritten an seinem Handelsgewerbe nicht als Unterbeteiligten, wohl aber als stillen Gesellschafter aufnehmen kann." - Auch Paulick, a.a.O., S.96.

1o)Vgl. den Wortlaut des § 335 Abs.1 HGB

11)BGHZ 5o,316 ff.; = BGH in NJW 1968,2oo3,2oo4.

zwischen einem Hauptbeteiligten und den Unterbeteiligten. Die Eingehung einer Unterbeteiligung seitens des Hauptbeteiligten ist der Gesellschaft gegenüber eine res inter alios acta.[12] Vielfach legt der Unterbeteiligte gerade Wert darauf, daß der Gesellschaft seine Beteiligung am Anteil eines Hauptgesellschafters nicht bekannt wird, Die Unterbeteiligung stellt also ein Gesellschaftsverhältnis dar, kraft dessen der an einer Gesellschaft Beteiligte einem Dritten (dem Unterbeteiligten) eine gesellschaftliche Beteiligung an seinem Anteil einräumt, um so die Gewinn- und Verlustchancen intern auf mehrere Personen zu verteilen, eventuell auch dem Unterbeteiligten weitere Rechte zu verschaffen.[13]

Die Unterbeteiligung verdankt ihre Entstehung dem praktischen Bedürfnis nach einer verdeckten Beteiligung. Sie kommt um so häufiger vor, je stärker der individualistische Charakter der Gesellschaftsform ist und je mehr eine Übertragung bzw. Teilung der Gesellschaftsanteile durch das Gesetz (§ 719 BGB und § 15 GmbHG) erschwert wird.[14] Ein Bedürfnis nach Unterbeteiligung besteht z.B. kaum bei der Aktiengesellschaft, da die leichte Übertragung der Aktien eine solche verdeckte Beteiligung überflüssig macht. Dagegen führt bei der GmbH die erschwerte Form der Abtretung des Gesellschaftsanteils häufig zum Abschluß von Unterbeteiligungen.[15]

---

12) Siehe dazu OLG Braunschweig, in: LZ 1908,554.

13) Vgl. auch BFH in BB 1968,1026 f.: "Eine Unterbeteiligung ist eine Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil, die ein an einer Personalgesellschaft oder Kapitalgesellschaft Beteiligter einer anderen Person einräumt."

14) v. Gierke, a.a.O., § 53; - Staudinger-Geiler, Anhang zu § 705 ff., Anm. 74.

15) Siehe unten III. Hauptteil, § 2b.

§ 3 Gesetzliche Regelungen und historische Wurzeln

a) Die Unterbeteiligung im römischen Recht

Schon im römischen Recht war die Unterbeteiligung als Rechtsinstitut anerkannt. Dort war sie zwar nicht positiv, d.h. als Sondertatbestand mit eigenen Rechtsregeln normiert, sondern trat lediglich in der Gegenüberstellung und Abgrenzung der Beziehungen eines Hauptgesellschafters mit den übrigen Hauptgesellschaftern einerseits und Dritten andererseits in Erscheinung.
Die römische societas des klassischen Rechts erzeugte Beziehungen ausschließlich zwischen den Gesellschaftern. Nach außen hin war sie von jeglichen Spuren eines Verbandscharakters frei. Sie war kein "corpus", insbesondere keine Gesamthand; Rechtshandlungen, die der einzelne Socius vornahm oder die ihm gegenüber vorgenommen wurden, wirken nur für und gegen ihn, nicht gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter.[16] Gerade diesen letzten Gedanken drückt auch die klassische Regel "Socii mei socius, meus socius non est" aus.[17] Diese Regel faßt das Wesen der stillen Beteiligung richtig auf, indem sie die Beziehungen zwischen dem Hauptsocius und seinem Unterbeteiligten als eine interne Angelegenheit sieht, die den Zusammenschluß der Hauptgesellschafter nicht tangiert. Die Unterbeteiligung ist für die societas eine "res inter alios acta, quae tertiis neque nocet neque prodest."

---

16) Kaser, a.a.O., S. 479.

17) 1.19-23 D XVII 2.

b) Die Unterbeteiligung im französischen und italienischen Recht

Dieses Hauptmerkmal des Unterbeteiligungsverhältnisses wird auch in den Gesetzgebungen der europäischen Länder aufrechterhalten. So bestimmt z.B. Art. 1861 des französischen code civil: "Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; il ne peut pas sans ce consentement l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration."[18] Die Regelung des code civil hat auch das italienische bürgerliche Gesetzbuch wörtlich übernommen.[19] Das italienische Handelsgesetzbuch enthält ebenfalls eine entsprechende Normierung und im Art. 79 codice di commercio (1883) ist die Regel des römischen Rechts wiederzufinden: "Il cessionario ed il socio del socio non hanno alcun rapporto giuridico colla società; partecipano soltanto agli utili ed alle perdite spettanti al socio, in ragione delle quota di interesse ad essi attributa."

---

18) Vgl. auch die interessante Regelung des neuen französischen Gesellschaftsgesetzes (Loi 66537 vom 24.7.1966) bezüglich der "association en participation."
Art. 419: La société en participation n'existe que dans les rapports entre associés et ne se révèle pas aux tiers. Elle n'a pas de personnalité morale, n'est pas soumise à publicité et peut être prouvée par tous moyens.
Art. 42o: Les associés conviennent librément des objets, des formes ou proportions d'intérêt et des conditions de la société en participation.
Art. 421: Chaque associé contracte avec les tiers en son nom personnel. Il est seul engagé même au cas où, sans l'accord des autres associés, il révèle leurs nom aux tiers.
Art. 422: Les droits des associés ne peuvent être représentés par titres négociables. Toute clause contraire est reputée non écrite.

19) Art. 1725 des ital. bürgerlichen Gesetzbuches von 1866.

c) Die Unterbeteiligung im schweizerischen und liechtensteinischen Recht

Die Bezeichnung "Unterbeteiligung" trifft man im Nebentitel des Art. 542 des schweizerischen Obligationenrechts.[2o)]

Art. 542, § 2 lautet: "Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Anteile beteiligt oder seinen Anteil an ihn abtritt, so wird dieser Dritte dadurch nicht zum Gesellschafter der übrigen, und erhält insbesondere nicht das Recht (§541), von den Gesellschaftsangelegenheiten Einsicht zu nehmen."

Auch im schweizerischen Recht wird die Unterbeteiligung als Innengesellschaft bezeichnet, deren Mitglieder durch obligatorische Beziehungen gebunden sind.[21)] Es wird jedoch darauf hingewiesen, daß eine Untergesellschaft nur dort möglich ist, wo es sich um eine Gesellschaft handelt, aus der keine besonders gearteten Pflichten, wie z.B. zur Geheimhaltung, entstehen, da dies mit der Existenz einer solchen Gesellschaft unvereinbar wäre.[22)] Die Untergesellschaft kann im einzelnen verschiedenen Inhalt haben, in den Grundlinien aber muß sie mit der Obergesellschaft übereinstimmen. Der Hauptbeteiligte ist gleichzeitig geschäftsführender Socius des Unterbeteiligten, dessen Interesse er in der Obergesellschaft wahrnehmen muß.[23)]

2o) Der Nebentitel lautet: "Aufnahme neuer Gesellschafter und Unterbeteiligung."

21) Guhl, a.a.O., S. 412.

22) So Siegwart, in: Komm. zum schweizer. ZGB, Anm.2 zum Art. 542 OR.

23) Der Terminus "Obergesellschaft" ist in der schweizerischen Literatur üblich. In der deutschen Literatur sind die Termini "Hauptgesellschaft", "Hauptbeteiligung","Hauptzusammenschluß" üblich.

Schließlich ist das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht zu erwähnen, das in den Artikeln 661 II und 765 eine eingehende Regelung des Unterbeteiligungsverhältnisses an Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit und Gelegenheitsgesellschaften enthält. Art. 765 PGR, Absatz 2 lautet: "Räumt ein einzelner Teilnehmer an einer Gelegenheitsgesellschaft einem Dritten eine Unterbeteiligung ein, so wird dieser nicht Gesellschafter der übrigen, sondern es bildet das Verhältnis zwischen den beiden eine Gelegenheitsgesellschaft für sich, wobei der Abtretende als geschäftsführender Gesellschafter zu betrachten ist und als solcher dem Unterbeteiligten nur für die gleiche Sorgfalt haftet, die der mit Bezug auf seine eigene Beteiligung der Hauptgesellschaft gegenüber schuldet."

Diese Regelung hebt drei Punkte hervor:

1) Das zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten bestehende Verhältnis ist ein Gesellschaftsverhältnis in der Form einer Gelegenheitsgesellschaft.

2) Der Hauptbeteiligte ist Geschäftsführer dieser Gelegenheitsgesellschaft.

3) Der geschäftsführende Hauptbeteiligte schuldet seinem Unterbeteiligten gegenüber dieselbe Sorgfalt wie der Hauptgesellschaft gegenüber, d.h. die "diligentia quam in suis."

d) Die Unterbeteiligung im AdHGB

Im Bereich des deutschen Rechts hat die Unterbeteiligung als Rechtsinstitut ihre Wurzeln im AdHGB. So findet man im AdHGB zwei Normgruppen, die die Frage der stillen Beteiligung regeln; einerseits Art. 98 im Bereich der OHG und andererseits die Bestimmungen der

Art. 266-27o über die "Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung." Art. 98[24] Abs. 2 lautet: "Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Anteil beteiligt oder seinen Anteil an denselben abtritt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft unmittelbar keine Rechte; er ist insbesondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt."

1. Die Regelung des Art. 98 AdHGB

Diese Bestimmung war der Ausgangspunkt für die rechtsdogmatische Einordnung des Begriffs der Unterbeteiligung. Es handelte sich um Rechtsbeziehungen zwischen dem Hauptgesellschafter und seinem Vertragspartner, kraft deren dem Unterbeteiligten ein Teil der Früchte der Hauptbeteiligung abgetreten wurde.[25] Der Unterbeteiligte leistete hierfür entweder ein fixes Äquivalent oder verpflichtete sich gegenüber dem Hauptbeteiligten, die Lasten der Beteiligung mit zu tragen.[26] Die Rechenschaftspflicht des Hauptbeteiligten fand ihre naturgemäße Grenze an der Ver-

---

24) Der Art. 98 stammt aus dem Art. 1o2 des preußischen Entwurfs. Dieser lautete: "Wenn ein Gesellschafter einseitig für seinen Anteil einen Dritten beteiligt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft keine unmittelbaren Rechte; er ist zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt."
Protokolle zum AdHGB, a.a.O., S.191: "In der Diskussion über den Art. 1o2 wurde hervorgehoben, daß die Bestimmung des Art. gewiß nur den Fall im Auge habe, der auch im römischen Rechte vorgesehen sei; den Fall nämlich, in welchem sich ein Gesellschafter zu seinem Anteil einen Gesellschafter aufgenommen habe. Dieser Fall wurde aber mit dem Entwurfe nicht getroffen. Unter Anerkennung der Richtigkeit dieses Bedenkens, wurde der Artikel aufgenommen, der Redaktionskommission aber anheimgegeben, ob statt "für seinen Anteil" "an seinem Anteil" statt "keine unmittelbaren Rechte" "unmittelbar keine Rechte" und vor "er ist zur Einsicht" noch das Wort "insbesondere" zu setzen sei.".

25) Makower, a.a.O., Anm. 23 zu Art. 98.

26) Staub, a.a.O., 3. und 4. Aufl., Anm. 5 zu Art. 98.

schwiegenheitspflicht, die ihn in Bezug auf die Hauptgesellschaft traf.
Unter der Geltung des AdHGB haben Rechtsprechung und Lehre die folgenden grundlegenden Gesichtspunkte herausgearbeitet:

aa. Das Unterbeteiligungsverhältnis ist ein Gesellschaftsverhältnis mit allen Folgen, die aus solchen Rechtsbeziehungen resultieren.[27)]
bb. Zweck dieses Rechtsverhältnisses ist die Verpflichtung des Hauptbeteiligten, festzulegen, alles was er als Zinsen, Gewinnanteile oder bei der Auseinandersetzung aus der Gesellschaft erhält, anteilig an seinen Unterbeteiligten weiterzuleiten.[28)]
cc. Die Unterbeteiligungsgesellschaft verfügt nicht über ein "rechtlich für sich bestehendes Gesellschaftsvermögen."[29)] Sie erschöpft sich lediglich in schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem Hauptgesellschafter und seinem Unterbeteiligten.
dd. Das Kontrollrecht des Unterbeteiligten beschränkt sich nach der Rechtsprechung des ROHG[3o)] auf die Einsicht in die allgemeinen Ergebnisse der Jahresbilanz. Der Unterbeteiligte war nach dem Wortlaut des Art. 98 AdHGB nicht berechtigt, Einsicht in die Handelsbücher zu verlangen. Die Verschwiegenheit, die der Hauptgesellschafter der Hauptgesellschaft schuldet, geht den Verpflichtungen seinem Unterbeteiligten gegenüber vor

27) Puchelt, a.a.O., Nr. 11 zu Art. 277; - Hahn, a.a.O., § 4 zu Art. 98; - Lastig, a.a.O., S. 38o; - ROHG 13, 3o6 f.

28) Hahn, a.a.O., § 4 zu Art. 98.

29) Makower, a.a.O., Fußn. 1a zu Art. 266.

3o) ROHG 23, 12o f.

ee. Der Gesellschafter einer Personalgesellschaft braucht für den Abschluß einer Unterbeteiligung nicht die Zustimmung seiner Mitgesellschafter einzuholen.[31] "Denn, daß ein jeder einzelne Socius für seinen Anteil ohne Zustimmung der übrigen eine die letztere (die OHG) nicht berührende Societät einzugehen befugt ist, unterliegt keinem Zweifel."[32]

2. Die Regelung der Art. 266-27o AdHGB

Die zweite Gruppe von Bestimmungen im Rahmen des AdHGB umfaßt die Artikel 266-27o. Es handelt sich dabei um eine Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften oder, nach der heute herrschenden Bezeichnung, um eine Gelegenheitsgesellschaft,[33] deren Hauptmerkmal die Vornahme eines einzelnen oder mehrer einzelner Handelsgeschäfte ist. Als solche Gelegenheitsgesellschaften werden die Konsortial- und Unterkonsortialbeteiligungen zum bestmöglichen Verkauf bereits emittierter oder künftig zu emittierenden Aktien aufgefaßt. Gerade die Unterkonsortialbeteiligungen waren damals die wichtigsten Erscheinungsformen des Unterbeteiligungsverhältnisses überhaupt. Die Rechtsprechung des ROHG hat sich mehrmals mit den Problemen der Unterkonsortialbeteiligung befaßt. Da diese Bestimmungen für die Entwicklung der Unterbeteiligung als Rechtsinstitut von entscheidender Bedeutung waren, werden hier die wichtigen Punkte der

---

31) Vgl. auch die Protokolle zum AdHGB (oben Fußn.24): "Ein Antrag auf Streichung des 2. Absatzes des Art. 98, weil er mit dem Verbote, einen anderen Gesellschafter aufzunehmen in Widerspruch stehe, wurde zurückgewiesen, da man der Ansicht war, daß es wohl statthaft sei, einem Dritten Rechte auf den aus dem Gesellschaftsbetriebe zu erzielenden Gewinn zu erteilen, daß aber das Gesetz auch gerade solche Fälle im Auge habe und der 2. Absatz des Art. 1o2 sich darauf beziehe."

32) ROHG 13,3o6,313.

33) Gegen die Bezeichnung "Gelegenheitsgesellschaft" wendet sich Thöl,a.a.O., § 2o3,4 und zieht die Bezeichnung "Speculationsverein" vor. In der Zwischenzeit hat sich der Terminus "Gelegenheitsge-

Gelegenheitsgesellschaften der Art. 266-270 AdHGB besprochen.

Es handelt sich bei einer solchen Gelegenheitsgesellschaft um eine Innengesellschaft, die selbst nicht nach außen in Erscheinung tritt (Art. 269, Abs.1) Dementsprechend tritt der bei einem Unterkonsortium zur Begebung von Aktien Beteiligte nur zu dem ihn beteiligenden Konsortialen, nicht aber zu dem Hauptkonsortium in Beziehungen.[34] Der Vertrag über die Bildung einer derartigen Gelegenheitsgesellschaft unterliegt keiner Form und bedarf nach dem Wortlaut des Art. 266 "der schriftlichen Abfassung nicht". Eine solche Regelung entspricht durchaus dem Grundgedanken der stillen Beteiligung: es handelt sich nämlich um eine Vereinigung zum Abschluß einzelner Handelsgeschäfte, und es ist insoweit für die Allgemeinheit bedeutungslos, ob das betreffende Geschäft für Rechnung eines einzelnen oder mehrerer Teilnehmer abgeschlossen wird.[35] Der Gedanke des Schutzes der Allgemeinheit durch Einhaltung der Schriftform entfällt also, da der Abschluß einer solchen "Assoziation" eine interne Angelegenheit der Parteien ist.

Ferner wird der Hauptbeteiligte aus den Geschäften, die er mit Dritten abgeschlossen hat, allein berechtigt und verpflichtet (Art. 269, Abs.1). Es trifft ihn aber seinerseits die Verpflichtung, die Geschäfte im Innenverhältnis abzuwickeln und seinen Vertragspartner an den Ergebnissen nach Maßgabe seiner Quote zu beteiligen, wobei der etwaige Gewinn - mangels einer anderen Vereinbarung - nach Köpfen zu verteilen ist (Art. 268). Das gleiche gilt auch für die Verlustbeteiligung.

---

34) ROHG 17,196,203.

35) Makower, a.a.O., Fußn.2 zu Art.266.

Zur Wahrung der Interessen des Innengesellschafters, gibt das Gesetz diesem nach Beendigung des gemeinschaftlichen Geschäfts einen Anspruch auf Rechnungslegung gegen seinen Geschäftspartner (Art. 27o). In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, daß die Konsortialleiter sich meistens Freiheit von Rechnungslegung ausbedungen hatten. Eine solche Klausel hat das ROHG für unwirksam erklärt.[36] Es vertrat die Auffassung, daß der Konsortialleiter seinem unmittelbaren Teilnehmer und dieser seinem Nachmann (dem Unterkonsortialbeteiligten) gegenüber verpflichtet sei, eine Abrechnung unter Angabe des Geschäftsergebnisses aufzustellen, damit sowohl dem Konsortialbeteiligten als auch dem Unterkonsortialbeteiligten die Prüfungsmöglichkeit hinsichtlich der Ansprüche auf Gewinnbeteiligung gegeben sei.[37]

e) Die Unterbeteiligung im heutigen Recht

Im früheren Recht fand also die stille Beteiligung in ihrer speziellen Form als Unterbeteiligung an dem Anteil einer Personalgesellschaft bzw. als Unterkonsortialbeteiligung ihre gesetzliche Grundlage in den Art. 98 und 266-27o AdHGB. Diese Vorschriften sind weder in das BGB noch in das HGB aufgenommen worden. In den Motiven zum BGB[38] wurde Art. 98 AdHGB für überflüssig erklärt, weil die einseitige Aufnahme eines Dritten den Abschluß eines neuen Gesellschafts-

---

36) ROHG 22,381,385.

37) Während der Dauer des Konsortiums ist der Konsortialleiter meist berechtigt, selbständig alle Maßnahmen - unter Ausschluß der Auskunftserteilung - hinsichtlich der Beteiligung zu treffen, so daß diese für den Unterbeteiligten verbindlich sind. Auch wenn ein solcher besonderer Vorbehalt nicht ausdrücklich gemacht worden ist, wird man grundsätzlich annehmen dürfen, daß dem Hauptbeteiligten das freie Verfügungsrecht eingeräumt werden sollte. Dove-Meyerstein, a.a.O.,S.649, Nr. 3o31; - Trost-Schütz, a.a.O.,S. 188,Ziff.6.

38) Bd. II, S. 613.

vertrags bedeute, was einem einzelnen Gesellschafter nicht zustehe. Auch die Art. 266-27o fanden keinen Eingang in das HGB, "da sich die hier gegebenen Vorschriften fast sämtlich im Gesellschaftsrecht des BGB finden".[39)] So fehlt es im heutigen Recht an einer speziellen gesetzlichen Bestimmung, die als direkte Regelung des Unterbeteiligungsverhältnisses bezeichnet werden könnte. Die von Böttcher-Zartmann vertretene Auffassung, daß die Unterbeteiligung ganz und gar eine Schöpfung freier gesellschaftlicher Gestaltung sei,[4o)] trifft heute nur insofern zu, als keine besondere gesetzliche Regelung besteht. Dabei wird aber übersehen, daß die Verfasser des BGB das unter dem Art. 98 Abs. 2 AdHGB geregelte Verhältnis deshalb nicht in das neue Gesetzbuch aufgenommen haben, sondern ausdrücklich auf die allgemeinen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts im BGB verwiesen, weil sie diese Regelungen auf sämtliche gesellschaftsähnliche Verhältnisse angewandt wissen wollten. Daß diese Bestimmungen des BGB aber wiederum nicht nur jus dispositivum enthalten - was dem Parteiwillen tatsächlich eine völlig freie Entfaltung gestatten würde - begegnet keinen Zweifeln. Im übrigen hat jedoch der Gesetzgeber eine Form der stillen Beteiligung ausreichend im HGB geregelt. Es handelt sich dabei um die stille Gesellschaft, die zusammen mit der Unterbeteiligung die häufigste Erscheinungsform[41)] der stillen Beteiligung ist. Die Bestimmungen der §§ 335 ff. HGB sind

39) Heilfron, a.a.O., S.292.
4o) Böttcher-Zartmann, a.a.O., S. 32.

41) Eine andere Erscheinungsform der stillen Beteiligung sind die partiarischen Verhältnisse, insbesondere das partiarische Darlehen. Vgl. unten, II. Hauptteil, § 4.

zwar nicht direkt auf die Unterbeteiligung zugeschnitten, werden aber wegen der großen Ähnlichkeiten der beiden Formen auch auf die Unterbeteiligung entsprechend angewandt.[42)]

Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber hat deutlich darauf hingewiesen, daß die §§ 7o5 ff. BGB auf jedes gesellschaftliche Rechtsverhältnis Anwendung finden sollten, indem er ausdrücklich von einer Aufnahme der Art. 98 und 266-27o AdHGB in die neue Gesetzgebung abgesehen hat.

Des weiteren hat er durch die Regelung der stillen Gesellschaft in den §§ 335 f. HGB eine Form der stillen Beteiligung näher ausgestaltet. Diese zwei Gruppen von Bestimmungen bilden den Rahmen, innerhalb dessen der Parteiwille bei dem Abschluß von Unterbeteiligungen freien Entfaltungsraum hat. Er kann davon abweichen, solange die Regelung dispositiv ist. Bestimmungen aber, die jus cogens enthalten, bilden die Grenze der Vertragsfreiheit in der Gestaltung des Unterbeteiligungsverhältnisses. Diese Grenze dürfen die Vertragschließenden nicht unter Berufung auf mangelnde gesetzliche Regelung überschreiten.

---

42) Dazu eingehend im III. Hauptteil.

I ERSTER HAUPTTEIL

§ 1 Gründe für die Vereinbarung von Unterbeteiligungen

Die meisten Fälle einer Unterbeteiligung findet man bei Personalgesellschaften,[43] und zwar bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts, also der OHG und der KG. Die Gründe, die zum Abschluß eines solchen Vertrags bei einer Personalgesellschaft führen, sind verschieden und bieten die Möglichkeit festzustellen, wie die Unterbeteiligung gerade dort als Mittel für die Erreichung bestimmter Ziele benutzt wird, wo sich das Gesetz als besonders starr erweist.

Die Unterbeteiligung ist vielfach die Antwort der Vertragschließenden auf jene Bestimmungen des Privatrechts, die gewisse Gruppen von wirtschaftlichen Gütern als nicht übertragbar bzw. nicht teilbar ansehen. Am deutlichsten zeigt sich dies bei § 719 BGB, der dem Anteilseigner die Möglichkeit einer freien Verfügung über seinen Anteil versperrt. Ein dritter Kapitalinhaber könnte sich also nur durch den Kauf eines schon existierenden Gesellschaftsanteils - was das Ausscheiden des bisherigen Gesellschafters bedeuten würde - oder durch Eintritt in die Gesellschaft als neuer Gesellschafter am Vermögen und dem Geschäftswert einer Gesellschaft beteiligen. Die erste Möglichkeit wird regelmäßig an § 719 BGB scheitern, die zweite an der Weigerung der übrigen Gesellschafter, einen neuen Partner aufzunehmen. Diese prima facie unüberwindlichen Hindernisse lassen sich durch den Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrags beseitigen. Was durch die unmittelbare Beteiligung an der

43) Vgl. § 2 des Einführungskapitels.

Gesellschaft nicht erreicht werden kann, läßt sich durch die mittelbare Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil bis zu einem gewissen Grade verwirklichen. Zwischen dem Anteilinhaber und dem Dritten wird eine Innengesellschaft vereinbart, deren Zweck die wirtschaftliche Nutzung des Hauptgesellschaftsanteils ist. Der Untergesellschafter leistet einen Beitrag, der in das Vermögen des Hauptgesellschafters einfließt. Als Gegenleistung wird ihm eine Quote am Gewinn der Hauptgesellschaft eingeräumt, die regelmäßig mit einer entsprechenden Quote am Verlust verbunden ist.

a) Gewinnbringende Kapitalanlage

Motiv zum Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrags könnte zunächst das Bedürfnis sein, Kapital gewinnbringend anzulegen, ohne für die Schulden der Gesellschaft in Anspruch genommen werden zu können. Der Kapitalgeber ist mit der bloßen Verzinsung seiner Einlage nicht zufrieden, sondern legt Wert darauf, an der wirtschaftlichen Entwicklung eines Unternehmens teilzunehmen. Falls er sich jedoch für die Mitwirkung an einer Personalgesellschaft entscheidet, muß er mit der verschärften Haftung des Personalgesellschafters rechnen (vgl. § 128 HGB), was bedeutet, daß er nicht nur mit seiner Einlage, sondern eventuell auch mit seinem ganzen Vermögen in Anspruch genommen werden kann. Wenn er aber selbst an der Führung der Geschäfte der OHG kein Interesse hat bzw. über die erforderlichen Fachkenntnisse nicht verfügt, sondern nur an den Erträgen der Gesellschaft teilnehmen will, würde der Umfang der Haftung des § 128 HGB seinen Vorstellungen nicht entsprechen. Man könnte einwenden, daß das Gesetz auch hier mit der Stellung eines Kommanditisten eine Lösung bietet. Diese Stellung

ist aber mit zwei Nachteilen verbunden: erstens tritt der Betreffende in den Kreis der übrigen Gesellschafter ein und unterliegt somit den gesellschaftlichen Pflichten,und zweitens kann er auch hier bis zur Höhe seiner Einlage direkt gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haften.Durch den Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrags lassen sich diese Nachteile überwinden.

Der Unterbeteiligte tritt zu den übrigen Hauptgesellschaftern in keinerlei Rechtsbeziehungen, was u.a.die Geheimhaltung des Verhältnisses ermöglicht.Da er Innengesellschafter ist,haftet er für die Schulden der Hauptgesellschaft nicht. Gleichzeitig aber nimmt er an dem auf den Anteil seines Vertragspartners entfallenden Gewinn aus der Hauptgesellschaft teil,was seine Stellung von der Stellung eines bloßen Darlehensgebers wirtschaftlich unterscheidet.Dieser ist lediglich Gläubiger mit einem Zinsanspruch,jener Gesellschafter des Hauptbeteiligten mit dem Recht auf Gewinnbeteiligung.

b) Wertsicherung

Weiter kann der Abschluß einer Unterbeteiligung Wertsicherungszwecken dienen.Hier ist eine Gegenüberstellung zum Darlehen erforderlich.Während das Darlehen als Summengeld einer etwaigen Abwertung von in Geld ausgedrückten Forderungen unterliegt,stellt die Unterbeteiligung einen verhältnismäßig wenig gefährdeten Sachwert dar.[44)]
Das setzt weiter voraus,daß der Unterbeteiligte nicht nur einen bloßen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage hat,denn dann wäre dessen Forderung eine bloße Geldforderung,die der Abwertung unterliegt,sondern auch an den stillen Reserven bzw. an dem Geschäftswert der Gesellschaft betei-

44) Otto, a.a.O.,S. 211.

ligt ist. Die Vereinbarung einer Unterbeteiligung ist also heute eine der wenigen Formen der Wertsicherung, die keinen gesetzlichen Bestimmungen zuwiderläuft.

c) Geheimhaltung der Beteiligung

Die Unterbeteiligung spielt auch in den Fällen eine erhebliche Rolle, in denen die Geheimhaltung der Beteiligung erforderlich erscheint. Der Produzent, der Hersteller von Industrieerzeugnissen, der Großlieferant usw. wollen sich an der Weiterleitung der Produkte bis zum einzelnen Konsumenten beteiligen. Eine offene Beteiligung an einer Gesellschaft, die die Waren bis zum Konsumenten bringt, kommt in den meisten Fällen nicht in Betracht. Der Produzent hat ein erhebliches Interesse daran, daß den Konkurrenten jener Vertriebsgesellschaft, die eventuell auch ihre Waren von ihm beziehen, die Beteiligung ihres Lieferanten an der Konkurrenzfirma nicht bekannt wird. In einem solchen Fall kann er mit einem Gesellschafter der Vertriebsgesellschaft einen Unterbeteiligungsvertrag abschließen, so daß er am Gewinn der Gesellschaft beteiligt wird, ohne seine Stellung als Bezugsquelle der Konkurrenten zu gefährden.[45]

d) Umgehung wirtschaftshemmender Gesetze

Daß die Unterbeteiligung manchmal als Umgehungsform benutzt wird, zeigt das folgende Beispiel: Ein Unternehmer beabsichtigt, im Ausland Fuß zu fassen. Dieser Versuch kann vielfach an einer unüberschaubaren wirtschaftshemmenden Gesetzgebung des anderen Landes scheitern. Zonentrennung, Lizensierungsgesetze sowie Aufenthalts- und Beschäftigungsbeschränkungen bilden meist Hindernisse, die sich nur durch eine Unterbeteiligung überwinden lassen.[46] Der Unter-

---

45) Ähnlich Westermann, a.a.O., Ziff. 955.

46) Siehe auch Otto, a.a.O.

nehmer vereinbart deshalb mit einem Gesellschafter eines niedergelassenen Unternehmens, das über die erforderlichen Genehmigungen und Konzessionen verfügt, eine Unterbeteiligung an dessen Gesellschaftsanteil und nimmt auf diese Weise an der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens teil, ohne sich gleichzeitig den strengen Anforderungen der ausländischen Gesetzgebung unterwerfen zu müssen. Ein vergleichbarer Gedanke tritt auch im folgenden Fall auf,[47] in dem es sich eigentlich um eine stille Gesellschaft handelt. Dem A wurde eine Konzession für das Betreiben einer Apotheke erteilt. Die Konzession ist an die Person gebunden, der sie erteilt wird. Dieser besondere Charakter des Apothekenbetriebsrechts hindert jedoch nicht, daß der Inhaber mit einem anderen ein stilles Gesellschaftsverhältnis eingeht. Der BGH hat ausgesprochen, daß es für die Beurteilung der öffentlich-rechtlichen Verbotsnorm nicht auf die Rechtstellung im Innenverhältnis, sondern allein auf die Rechtstellung im Außenverhältnis ankomme. Mit dieser Entscheidung hat der BGH das berechtigte Interesse nach einer verdeckten Beteiligung anerkannt, selbst wenn durch diese wirtschaftliche Ziele verfolgt werden, die sonst der öffentlich-rechtlichen Konzession bedurft hätten. In dem erwähnten Urteil wird auch hervorgehoben, daß das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Beteiligten keinerlei Wirkungen nach außen hat. Die Innengesellschaft ist ein getrennter Organismus, dessen Funktion den Hauptzusammenschluß nicht berührt. Die Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Vertrages über den Zusammenschluß der Innengesellschaft hat keinerlei Einfluß auf die Hauptgesellschaft, so daß eine Gesetzesumgehung im Innenverhältnis sich auf das Außenverhältnis nicht auswirkt.

---

47) BGHZ 8,157 f. = GmbHRdsch 1953,27 f. Siehe unten III. Hauptteil, § 1.

e) Lösung der Erbfolgeprobleme in Familiengesellschaften

Die Unterbeteiligung stellt auch ein geeignetes Mittel dar, um schwierige rechtliche und wirtschaftliche Probleme bei Familiengesellschaften zu lösen. Bei diesen Gesellschaften besteht meist ein erhebliches Interesse, den Kreis der Gesellschafter eng zu ziehen. Bei Vergrößerung der Zahl der Gesellschafter durch Erbteilung oder Heirat könnten erhebliche Schwierigkeiten im Hinblick auf die Geschäftsführung und die Gewinnbeteiligung entstehen.[48] So kann etwa im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß nur der älteste Sohn als Erbe in die Gesellschaft eintreten soll. Eine solche Bestimmung ist zwar gesellschaftsrechtlich zulässig, und es können damit durchaus berechtigte Interessen verfolgt werden, doch befindet sie sich in scharfem Gegensatz zu den Regelungen des Erbrechts (gesetzliche Pflichtteilansprüche). Das Problem wird noch akuter, wenn der Gesellschaftsanteil den wesentlichsten Vermögensgegenstand des Erblassers ausmacht. In einem solchen Fall können die Ausgleichsansprüche der übrigen Erben gegen den Gesellschafter-Nachfolger so hoch sein, daß der Gesellschaft entweder in großem Umfang liquide Mittel entzogen werden, oder daß es durch Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens des Gesellschafter-Nachfolgers nach § 135 HGB durch die übrigen Erben zu einer Kündigung und Auflösung der Gesellschaft kommen kann.[49]

Der BGH ist der Ansicht,[50] daß derartige Abfindungsansprüche der Erben im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden können. Es sei jedoch Sache des ein-

---

48) So auch Wendelstein, a.a.O., S. 735.

49) Tiefenbacher, a.a.O., S. 56.

5o) BGHZ 22,186,195.

zelnen Gesellschafters, die berechtigten Ansprüche der nicht zur Nachfolge in die Gesellschaft berufenen Erben durch entsprechende Maßnahmen auszugleichen. Hier bietet wieder die Unterbeteiligung eine befriedigende Lösung. Der Erblasser kann den übrigen Erben durch Vermächtnis das Recht einräumen, von dem Gesellschafter-Erben den Abschluß von Verträgen zu verlangen, mit denen jeder von ihnen jeweils in der Form einer Innengesellschaft schuldrechtlich im Verhältnis der Erbquoten sowohl an dem auf den Gesellschaftsanteil entfallenden Kapital, als auch am Gewinn und Verlust beteiligt werden soll. Eine solche Regelung hat der BGH neuerdings als möglich anerkannt:[51] Der Gesellschaftsvertrag einer OHG bestimmte, daß im Falle des Todes des Gesellschafters A nur dessen Tochter an seiner Stelle in die Gesellschaft eintreten sollte. Sonstige Erben waren von der Geschäftsführung und der Vertretung ausgeschlossen, sollten aber entsprechend ihrem Erbanteil als stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust beteiligt werden. Im § 4 seines Testaments ordnete A an: "Meine Tochter tritt also an meiner Stelle in die Gesellschaft ein und übernimmt die Vertretung und Geschäftsführung. Die übrigen Erben werden als Kommanditisten beteiligt." Der BGH hat versucht, die unterschiedlichen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag und im Testament in Einklang zu bringen. Er hat ausgeführt, daß § 4 des Testaments aus gesellschaftsrechtlichen Gründen unwirksam sei, weil die Einsetzung der Erben zu Kommanditisten auf einen rechtlich unmöglichen Erfolg gerichtet sei. Eine Konversion gemäß § 14o BGB des § 4 des Testaments führte jedoch dazu, daß einerseits durch eine Auseinandersetzungsanordnung die Verpflichtung der Tochter ausgeschlossen sei, den Erwerb des vollen Gesellschaftsanteils bei der Erbenauseinandersetzung auszugleichen, andererseits aber

---

51) BGHZ 5o,316 f. = NJW 1968,2oo3 f. = WM 1968,1o83 f.

die Miterben durch Vermächtnisse berechtigt seien, von der Tochter im Verhältnis der Erbquoten die Einräumung von Unterbeteiligungen zu verlangen. Eine solche Regelung entspreche dem hypothetischen Willen des Erblassers, hätte er gewußt, daß seine Verfügung aus Rechtsgründen nicht durchführbar sei.

f) Einarbeitung des Nachfolgers und Versorgung der Familienangehörigen

Die Unterbeteiligung bietet sich auch als geeignetes Mittel dafür an, die junge Generation an den elterlichen Betrieb heranzuführen. Vielfach wird der Vater als Gesellschafter einer OHG seinem Sohn eine Unterbeteiligung an seinem Anteil einräumen, damit dieser nach und nach die Schwierigkeiten und Probleme des Betriebs kennenlernt.[52] Das Gewinnstreben wird dazu führen, daß der unterbeteiligte Sohn sich mit den Fragen der Hauptgesellschaft befaßt und so seinem Vater bei dessen gesellschaftlichen Aufgaben wertvolle Hilfe leistet. Ist der Sohn ausgebildet worden, um eines Tages die Stellung des Vaters als Leiter des Betriebs einzunehmen, so wird ihm mit der Einräumung einer Unterbeteiligung schon jetzt die Möglichkeit gegeben, die erworbenen Kenntnisse in die Praxis umzusetzen und sich mit seinen künftigen Aufgaben vertraut zu machen.[53] Ferner kann der Vater zwecks Versorgung seiner unverheirateten Tochter ihr eine Unterbeteiligung an seinem Anteil einräumen. In solchen und ähnlichen Fällen, in denen die Eltern entweder zwecks Versorgung oder um das Einarbeiten in den Betrieb zu ermöglichen, ihren Kindern Unterbeteiligungen einräumen, kann auch eine Vorbereitung der Erbfolge gesehen werden.

---

52) Vgl. dazu den lehrreichen Fall BFH,BStBl 1965, 260 (IV. Hauptteil, § 1). - Siehe auch Westermann, a.a.O., Ziff. 954; - Düchting,a.a.O.,S.809.

53) Stehle/Stehle, a.a.O., S. 149.

g) Vermeidung des Formerfordernisses nach § 15 Abs. 3 GmbHG

Ein weiteres Anwendungsgebiet findet die Unterbeteiligung im Bereich des GmbH-Rechts. Die formgebundene Übertragung des GmbH-Anteils (§ 15 Abs. 3 GmbHG) wird dadurch vermieden, daß der Anteileigner dem Dritten eine Unterbeteiligung einräumt, die keinen Formvorschriften unterliegt.[54] Davon wird im III. Hauptteil eingehend und mit Beispielen aus der Rechtsprechung berichtet werden.

h) Risikoverteilung bei Konsortialgeschäften

Schließlich ist die Unterbeteiligung bei der Gelegenheitsgesellschaft von erheblicher Bedeutung. Um eine vorübergehende, günstige wirtschaftliche Situation auszunutzen oder einen sonstigen, meistens zeitlich begrenzten Zweck zu erreichen, gründen die Parteien eine Gelegenheitsgesellschaft. Solche Gelegenheitsgesellschaften sind die Konsortien zur Emission von Wertpapieren, meist von Aktien neugegründeter Aktiengesellschaften. Hier wird zwischen der Einheitsgründung und der Stufengründung unterschieden. Während bei der Einheitsgründung die Gründer selbst zunächst alle Aktien übernehmen, werden bei der Stufengründung die Aktien schon im Gründungsstadium durch Zeichnung beim Publikum untergebracht.[55] Die umständliche Stufengründung wird in der Praxis dadurch ersetzt, daß sich an der Errichtung einer AG eine Bank oder ein Bankenkonsortium als Gründer beteiligt und die für das Publikum bestimmten Aktien übernimmt, so daß letztlich eine Einheitsgründung vorliegt. Erst anschließend werden die Aktien von dem Konsortium dem Publikum angeboten.

Das Bankenkonsortium ist eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts i.S. der §§ 7o5 ff. BGB. Zweck die-

---

54) Dazu eingehend und mit Beispielen im III. Hauptteil, § 2b.

55) Nach geltendem Recht kommt nur die Einheitsgründung in Betracht (§ 29 AktG).

ser Gesellschaft ist der bestmögliche Verkauf der übernommenen Aktien. Da ein solches Geschäft Risiken mit sich bringt, pflegen die Konsortialbeteiligten Unterbeteiligungen an ihren Anteilen einzuräumen, damit bei einem möglichen Mißerfolg der Emission eine breite Aufteilung der Belastung erfolgt. Wem eine Unterbeteiligung an einem Konsortium eingeräumt wird, hat damit noch keinen Anspruch darauf, daß ihm sein Anteil an den Aktien zur eigenen Verwertung überlassen wird. Er hat die Maßnahmen der Leitung des Konsortiums zur Begebung der Aktien abzuwarten und nur einen Anspruch darauf, daß ihm der auf seinen Anteil entfallende Gewinn bei der Aktienbegebung ausgefolgt wird. Andererseits muß er damit rechnen, daß er, soweit dem Konsortium die Begebung nicht gelingt, einen entsprechenden Anteil der Aktien unverkauft zurückerhält.[56)]

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung mag die Verhältnisse innerhalb eines solchen Konsortiums verdeutlichen. Problematisch war unter anderem die Frage, ob die Unterbeteiligung "Societät oder Kaufgeschäft" ist.[57)] Für die Begebung von Aktien einer AG hatte sich ein Konsortium gebildet, dessen Leitung die Bank B übernommen hatte. An diesem Konsortium beteiligte sich die Firma F, die an ihrer Beteiligung dem E eine Unterbeteiligung einräumte. Diese Unterbeteiligung trat der E an den A ab und zeigte die Abtretung der Firma F an. Nach Auflösung des Syndikats, verlangte die Klägerin - die für Rechnung der inzwischen aufgelösten F die noch nicht abgewickelten Konsortialgeschäfte durchführte - von dem A die Zahlung der auf seinen Konsortialanteil entfallenden Verlustsumme gegen Empfang von 17 Aktien. Der A weigerte sich, die geforderte Summe zu zahlen mit der Begründung, daß die Klägerin selbst aufgrund einer

---

56) RG in LZ 191o Sp. 768.

57) ROHG 17,196 f.

erweislich unrichtigen Rechnung der Bank B Zahlung geleistet hatte.

Das Berufungsgericht war der Meinung, daß die Unterkonsortialbeteiligung des E (Zedenten des A) auf einem Kauf beruhe. Dieser Auffassung ist das ROHG nicht beigetreten, sondern hat das Verhältnis als "Association zum bestmöglichen Verkauf der betreffenden Papiere auf gemeinschaftliche Rechnung" bezeichnet. Ein solches Verhältnis bestand einmal zwischen den Mitgliedern des Hauptkonsortiums, zum anderen zwischen der Bank B und der Firma F und schließlich zwischen der Firma F und dem E. Durch den Abschluß des letzten Gesellschaftsverhältnisses war der E aber weder unmittelbar noch "durch Zession" in irgendwelche Beziehung zur Bank B getreten. Deswegen könne sich die Klägerin nicht auf § 7[58] der Syndikatsbestimmungen berufen, und aufgrund einer erweislich unrichtigen Rechnung könne sie nicht von A (Zessionar des E) Zahlung verlangen, vielmehr mag sie es sich selbst zuschreiben, wenn sie auf solche Rechnung der Bank B Zahlung geleistet habe.

§ 2 Die Unterbeteiligung bei den verschiedenen Gesellschaftsformen

Da eine Darstellung der Fälle von den in den Entscheidungen gelösten Sachfragen kaum zu trennen ist, wird die Unterbeteiligungskasuistik, soweit sie OHG, KG und GmbH-Anteile betrifft, bei der Erörterung der einzelnen Rechtsfragen (III. Hauptteil) verdeutlicht werden. Die folgende Darstellung kann sich auf die Unterbeteiligung bei Gelegenheitsgesellschaften und bei Aktiengesellschaften beschränken.

---

58) "Die Bank B ist von jeder Rechnungslegung der in Anrechnung gebrachten Spesen enthoben, auch ist dieselbe nicht verpflichtet, über die Art und Weise der Begebung der Aktien als auch alle vorgenommenen Operationen irgendwelche Auskunft zu erteilen."

a) Bei den Personalgesellschaften

Im Bereich der Personalgesellschaften kommt es entweder bei Dauergesellschaften oder bei Gelegenheitsgesellschaften zu Unterbeteiligungen. Den häufigsten Fall einer Unterbeteiligung an einer Gelegenheitsgesellschaft bilden die bereits mehrfach erwähnten Unterkonsortialbeteiligungen.[59] Das Problem der Unterkonsortialbeteiligungen hat überwiegend die Rechtsprechung des ROHG beschäftigt, was aus der damaligen Situation heraus (Gründerjahre, d.h. die Zeit zwischen der Aktiennovelle von 187o und derjenigen von 1884) verständlich wird.[6o] Aus dieser Zeit stammt auch die begriffliche Unklarheit, die lange über das Wesen der Unterbeteiligung, vor allem auch über die Abgrenzung der Unterbeteiligung zur Abtretung eines Konsortialanteils, herrschte.[61] Daß es aber daneben auch andere Fälle einer Unterbeteiligung an einer Gelegenheitsgesellschaft geben kann, zeigt der vom RG entschiedene Fall:[62] Zwischen B und dem Viehhändler V bestand ein Konsortium zum gemeinschaftlichen An- und Verkauf von Schweinen. B hatte an dem ihm zustehenden Anteil den Erblasser der Kläger (den A) als Unterkonsortialen bezüglich eines Geschäftes über den Verkauf von 1o9 Schweinen beteiligt. Die Erben des A verklagten den B auf Rechnungslegung über den aus dem Verkauf der Schweine erzielten Erlös. Nachdem B die Vorlage der Rechnung mit der Begründung verweigert hatte, daß zur Rechnungslegung lediglich der V verpflichtet sei, ist V dieser Verpflichtung nachgekommen. Das RG ent-

59) Siehe oben S. 26 f.

6o) Vgl. ROHG 1o,25o; 13,3o6; 17,196; 17,39o; 22,381.

61) Dazu eingehend im II. Hauptteil, § 2

62) RG in Bolze 18,172.

schied jedoch, daß es allein Sache des B sei, von seinen Befugnissen gegenüber V Gebrauch zu machen. Die Kläger brauchten sich weder auf die von V gelegte Rechnung noch auf die Abtretung der dem B gegen V zustehenden Ansprüche verweisen zu lassen, sondern könnten von dem Gesellschafter ihres Erblassers direkt ordnungsgemäße Abrechnung verlangen.

b) Bei Aktiengesellschaften

Da das Bedürfnis nach einer verdeckten Beteiligung bei der Aktiengesellschaft wegen der leichten Übertragbarkeit der Aktien nicht besteht, kommt auch eine Unterbeteiligung an Aktiengesellschaften bzw. an Aktien praktisch nicht vor. Theoretisch wäre allerdings eine Unterbeteiligung an einer Aktie denkbar. Ein solches Innengesellschaftsverhältnis käme im Falle der sog. vinkulierten Namensaktien (§ 68 Abs. 2 AktG) in Betracht. Da die Übertragung von solchen Aktien zwar rechtlich möglich, aber tatsächlich umständlich ist - Zustimmung des Vorstandes, Indossament, Umschreibung im Aktienbuch - wäre der Abschluß einer Unterbeteiligung eine denkbare Lösung, die dem Unterbeteiligten die Vorteile der Gewinnbeteiligung ohne eine umständliche Übertragung der Namensaktie verschaffen würde.

Auch im Falle des § 55 AktG könnte eine Unterbeteiligung in Betracht kommen. Hier wäre folgender Fall denkbar:[63] In einem Rübenanbaugebiet schließen sich die Landwirte zusammen, um gemeinsam eine Zuckerfabrik in der Form einer Aktiengesellschaft zu errichten. In der Satzung verpflichten sie sich, ihre gesamte Rübenproduktion dieser Fabrik anzuliefern. Damit ist eine Nebenleistungs-Aktiengesellschaft mit vinkulierten Namensaktien gemäß § 55 in Verbindung mit § 68 AktG entstanden. Die Nebenleistungspflicht ist Be-

---

63) Das Beispiel ist in Anlehnung an den bekannten Fall RGZ 121,238 f. konstruiert worden.

standteil der Mitgliedschaft, trifft also den jeweiligen Eigentümer der Aktie. Ein weiterer Landwirt, der an der Gründung der Aktiengesellschaft nicht mitgewirkt hat, sich aber an den laufenden Arbeiten der Fabrik ebenfalls beteiligen möchte, schließt mit einem Aktionär einen Unterbeteiligungsvertrag an dessen Namensaktien ab. Als Gegenleistung für die Gewinnbeteiligungsmöglichkeiten verpflichtet er sich seinem Vertragspartner gegenüber, seine ganze Rübenproduktion anzuliefern. Der Aktionär wiederum beliefert damit die Fabrik und erfüllt so seine Verpflichtung gemäß § 55 Abs. 1 AktG.

Neben diesen Möglichkeiten wird im Schrifttum auch vereinzelt die Frage des Abschlusses einer Unterbeteiligung an einem Aktienpaket diskutiert.[64)] Auf den ersten Blick ist der Sinn einer solchen Unterbeteiligung, vor allem bei Inhaberaktien nicht ersichtlich, zumal das Ziel einer Gewinnbeteiligung ebenso mit der Abtretung der Dividende erreicht werden könnte. Die Antwort ergibt sich aus dem Unterschied zwischen der einfachen Abtretung und der gesellschaftlichen Verbindung. Dem Unterbeteiligten stehen seinem Vertragspartner gegenüber die Rechte eines Mitgesellschafters zu. Bei entsprechender Vereinbarung kann er von diesem verlangen, etwa das Stimmrecht bei der Generalversammlung der Aktiengesellschaft in einer bestimmten Weise auszuüben, oder einzelnen Vorschlägen des Vorstandes nicht zu widersprechen. Solche Vereinbarungen haben im Außenverhältnis keine Wirkung. Stimmt der Aktionär entgegen den Weisungen seines Unterbeteiligten, so ist seine Stimmabgabe der Gesellschaft gegenüber gültig. Verletzt er aber durch eine solche Stimmabgabe seine vertraglichen Verpflichtungen im Innenverhältnis, so muß er für den dadurch entstandenen Schaden einstehen.

64) Janberg, a.a.O., S.77; - Herzfeld,a.a.O.,S.28o; - Peter, a.a.O., S. 273.

II ZWEITER HAUPTTEIL:
Abgrenzungsfragen

§ 1 Unterbeteiligung und stille Gesellschaft

A Gemeinsame Merkmale

Wie schon oben ausgeführt,[65] fallen die stille Gesellschaft und die Unterbeteiligung unter den Oberbegriff der Innengesellschaft. Damit sind durch die Begriffsmerkmale der Innengesellschaft auch die Gemeinsamkeiten zwischen der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung gekennzeichnet.

a) Keine Geschäftsführungsbefugnis des Stillen bzw. des Unterbeteiligten

Aus § 335 Abs. 2 HGB folgert die Literatur, daß dem stillen Gesellschafter eine Geschäftsführungsbefugnis nicht zusteht.[66] Entsprechend könnte man sagen, daß auch die Geschäftsführung innerhalb der Unterbeteiligungsgesellschaft nicht in den Händen des Unterbeteiligten liegt. "Denn die Ausübung der gesellschaftlichen Rechte in der Hauptgesellschaft ist zugleich Geschäftsführung der Unterbeteiligungsgesellschaft." Diese Meinung von Westermann[67] scheint mir die Problematik zutreffend zu erfassen. Denn unter Geschäftsführung versteht man die auf Verfolgung des Gesellschaftszweckes gerichtete Tätigkeit im Innenverhältnis. Gesellschaftszweck bei der Unterbeteiligung ist gerade, den Anteil an der Hauptgesellschaft

---

65) Siehe Einführungskapitel, § 2.

66) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 1oo; - Westermann, a.a.O., Ziff. 959; - Böttcher-Zartmann, a.a.O., S. 39.

67) Westermann,a.a.O.,Ziff.959; - Soergel-Schultze-von Lasaulx, Anm. 64 vor § 7o5 BGB.

aufrechtzuerhalten und vereinbarungsgemäß wirtschaftlich zu nutzen. Die Aufrechterhaltung und die vertragsmäßige Nutzung des eigentlichen Gesellschaftsanteils ist aber allein Sache des Hauptbeteiligten, denn nur er steht zu den übrigen Hauptgesellschaftern in gesellschaftlicher Verbindung. Nur er kann den Zweck der Unterbeteiligung verwirklichen und nicht etwa der Unterbeteiligte selbst, der zu den übrigen Gesellschaftern in keinerlei Beziehung steht.

b) Keine Vertretung der stillen Gesellschaft bzw. der Unterbeteiligung

Da es sich bei der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung um eine Innengesellschaft handelt, gibt es keine Vertretung dieser Innengesellschaft gegenüber Dritten. Der Geschäftsinhaber und/oder der Hauptbeteiligte handeln im eigenen Namen und werden von den mit den Dritten abgeschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet. Die einzelnen Geschäfte gehen im Innenverhältnis auf gemeinsame Rechnung der Vertragspartner; der Geschäftsinhaber bzw. der Hauptbeteiligte sind auch verpflichtet, diese im Innenverhältnis vereinbarungsgemäß abzuwickeln. Möglich ist allerdings, daß der Geschäftsinhaber bzw. der Hauptbeteiligte sich von dem Stillen bzw. dem Unterbeteiligten bei den Geschäften vertreten läßt. In solchen Fällen ist eine nach allgemeinen Regeln wirkende Vollmacht und keine Vertretungsmacht aufgrund Gesellschafterstellung gegeben.

c) Kein gesamthänderisches Gesellschaftsvermögen

Ein weiterer gemeinsamer Punkt liegt darin, daß es an einem gesamthänderischen, dinglich gebundenen Gesellschaftsvermögen fehlt. Wie bereits ausgeführt,[68]

68) Siehe Einführungskapitel, § 1.

ist nach herrschender Lehre bei der Innengesellschaft die Bildung eines Gesamthandvermögens ausgeschlossen. Damit erhebt sich die Frage, worin das Gesellschaftsvermögen einer Innengesellschaft bestehen kann. Folgende Gestaltungsmöglichkeit kommt in Betracht:[69] die Beiträge, die die Innengesellschafter zu leisten bereit sind, bilden kein selbständiges Gesellschaftsvermögen, sondern fließen in das Vermögen des nach außen hin auftretenden Gesellschafters ein, so daß er allein verfügungsberechtigt ist. Im Innenverhältnis aber behalten die Innengesellschafter einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Außengesellschafter auf Rückzahlung ihrer Einlagesumme. Nimmt der Innengesellschafter nur am Gewinn und Verlust teil, und hat er nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage, ohne gleichzeitig an den Anlagewerten der Gesellschaft oder am Geschäftswert beteiligt zu sein, so spricht man von einer typischen Innengesellschaft. Die Innengesellschaft kann aber auch atypisch ausgestaltet sein.[7o] Zwar fließen die Einlagen der Innengesellschafter in das Vermögen des nach außen hin auftretenden Gesellschafters ein, doch wird vereinbart, daß die Einlagen im Innenverhältnis als Gesamthandsvermögen zu behandeln sind und daß jeder Innengesellschafter nicht nur am Gewinn und Verlust, sondern auch am Geschäftswert (im Falle der Veräußerung des Unternehmens), bzw. an den etwaigen stillen Reserven teilhaben soll. In

69) Die Möglichkeit der Bildung eines Gesellschaftsvermögens in der Form einer Bruchteilsgemeinschaft (741 BGB) wird von Pöllinger,a.a.O.,S.19 und Greifeld,a.a.O.,S.25 erwähnt. Beide Autoren aber sind der Ansicht, daß eine solche Gemeinschaft bei der Innengesellschaft kaum vorkommt. Derselben Ansicht ist Hueck,Gesellschaftsrecht,S.8, der in diesem Zusammenhang meint, daß eine solche Gemeinschaft "seltener ist." Dagegen sprechen weder Larenz, Schuldrecht II,7.Aufl.,S.3o3, noch Schultze-von Lasaulx in Soergel-Siebert,Bem.25 vor §7o5 BGB von einem Bruchteilsvermögen bei der Innengesellschaft, wie Steckhan,a.a.O.,S.41,Fußn.9 zu Unrecht meint.

7o) Siehe unten IV. Hauptteil, § 1.

diesen Fällen wird regelmäßig[71] dem Innengesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag eine stärkere Stellung als bei einer typischen Innengesellschaft eingeräumt. Trotz der Vereinbarung eines quasi Gesamthandsvermögens hat der Innengesellschafter gegen seinen Vertragspartner nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf verhältnismäßige Beteiligung an den Werten des Gesellschaftsvermögens. Das läßt sich am besten anhand eines Falles verdeutlichen.[72]

Zwei Brüder, B und E, hatten eine Gesellschaft zum Betrieb einer Mühle in der Weise errichtet, daß nach außen der B Alleininhaber des Betriebs, im Innenverhältnis aber der E mit ihm gleichberechtigt war. Das Mühlenanwesen einschließlich der während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses zum Zwecke des Geschäftsbetriebs vorgenommenen Neuanschaffungen sollte so behandelt werden, als ob diese Gegenstände Gemeinschaftsvermögen der Gesellschaft seien. Als E verstarb, traten dessen Rechtsnachfolger in die Gesellschaft ein. Kurze Zeit später verklagten sie den B auf Auseinandersetzung der Gesellschaft gemäß §§ 733 und 734 BGB. B machte geltend, daß die Erben seines Bruders als Innengesellschafter nicht berechtigt seien, die "Versilberung" des Gesellschaftsvermögens zu verlangen. Die Erben vertraten dagegen die Auffassung, daß der E an dem Geschäft als solchem und nicht nur am Gewinn und Verlust beteiligt gewesen sei und daß deshalb die Auseinandersetzung nach vorheriger Liquidation der vorhandenen Werte stattfinden müsste. Eine schlichte Geldabfindung käme nicht in Frage.

---

71) Vgl. BGHZ 8,157 f.

72) RGZ 166,16o f.; siehe aber auch in BGH, a.a.O.

Das RG führte dazu aus, daß es für die Art der Auseinandersetzung entscheidend sei, daß die Kläger nicht Miteigentümer des Geschäftsvermögens geworden seien, sondern gegen den B lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf verhältnismäßige Beteiligung an den Werten des Geschäftsvermögens erlangt hätten. Wenn sie diesen Wert erhielten, so seien sie wegen ihres schuldrechtlichen Anspruchs gegen den B befriedigt, gleichviel ob eine "Versilberung" des in seinem Alleineigentum stehenden Geschäftsvermögens stattgefunden habe oder nicht. Sofern keine abweichende Vereinbarung bestehe, müsse es dem B überlassen werden, in welcher Weise er sich die Geldmittel zur Befriedigung der schuldrechtlichen Forderung der Kläger beschaffe.

Liegt also der typische Fall einer stillen Gesellschaft bzw. einer Unterbeteiligung vor, so gibt es nur ein schuldrechtlich gebundenes Gesellschaftsvermögen ohne Beteiligung des Stillen an dem Geschäftswert oder den stillen Reserven des Unternehmens. Die Einlage, die der stille Gesellschafter bzw. der Unterbeteiligte leistet, geht in das Eigentum des Geschäftsinhabers bzw. des Hauptbeteiligten über, so daß sie ihm nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich zur freien Verfügung überlassen wird. Eine solche Gestaltung der Vermögensverhältnisse kann für die Gläubiger des stillen Beteiligten Nachteile mit sich bringen, denn durch die Leistung der Einlage werden dem Zugriff der Gläubiger Werte entzogen.[73)] Andererseits unterliegt die Einlage des stillen Beteiligten dem Zugriff der Gläubiger des Geschäftsinhabers bzw. des Hauptbeteiligten, weil sie sich in dessen Vermögen befindet. Im Konkurs des Geschäftsinhabers bzw. des Hauptbeteiligten muß sich der Innengesellschafter mit der Konkursquote begnügen (vgl. § 341 HGB) und hat kein Absonderungsrecht gemäß §51 KO.

---

73) Siehe unten III. Hauptteil, § 7d.

d) Teilnahme des stillen Gesellschafters bzw. des Unterbeteiligten an den Erträgen der Innengesellschaft

Letztes gemeinsames Merkmal zwischen stiller Gesellschaft und Unterbeteiligung ist die Tatsache, daß sowohl der stille Gesellschafter als auch der Unterbeteiligte am Gewinn des Geschäftsinhabers bzw. des Hauptgesellschafters teilhat. Die "societas leonina", d.h. jene Gesellschaft, bei der ein Gesellschafter nur am Verlust, dagegen nicht am Gewinn teilnimmt, ist nicht zulässig. Für die stille Gesellschaft ist die Gewinnbeteiligung des Stillen zwingendes Recht (vgl. § 336 Abs. 2 Satz 2 HGB). Derselbe Grundsatz muß auch für die Gewinnbeteiligung des Unterbeteiligten gelten. Denn gerade bei der Unterbeteiligung, wo der Innengesellschafter von sämtlichen Geschäftsführungsmaßnahmen in der Hauptgesellschaft ausgeschlossen ist und ihm ein möglicher Einfluß auf die gesellschaftlichen Angelegenheiten durch das Widerspruchsrecht des § 711 BGB nicht zusteht, bildet die Gewinnbeteiligungsklausel den Kernpunkt des Gesellschaftsverhältnisses. Die Gewinnbeteiligung des Unterbeteiligten ist gerade im Bereich des Steuerrechts von erheblicher Bedeutung, wo sie unter anderem eine wichtige Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung des Unterbeteiligungsverhältnisses zwischen nahen Angehörigen darstellt.[74)]

B Unterschiede

Neben diesen gemeinsamen Punkten bestehen aber eine Reihe von Unterschieden, zwischen der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung. Die herrschende

---

74) Siehe unten IV. Hauptteil, § 2.

Lehre[75] trifft klare Unterscheidungen zwischen den beiden Rechtsinstituten. Allerdings wird vereinzelt auch die Meinung vertreten, daß zwischen der stillen Gesellschaft un der Unterbeteiligung nicht unterschieden zu werden brauche.[76] Besonders in der Rechtsprechung der Finanzgerichte werden die Bezeichnungen stille Gesellschaft und Unterbeteiligung rein deskriptiv ohne Rücksicht auf die erforderliche zivilrechtliche Präzisierung benutzt.

a) Möglichkeit einer stillen Gesellschaft nur bei Kaufmannseigenschaft des Geschäftsinhabers.

Der erste Unterschied ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 335 HGB: "Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe (beteiligt),das ein anderer betreibt..." Diese Bestimmung setzt die Kaufmannseigenschaft des Inhabers des Handelsgeschäfts voraus, wobei es nicht auf die Organisationsform des Handelsgeschäfts ankommt. Es kann sowohl eine Einzelperson als auch eine Handelsgesellschaft in der Form einer OHG, einer KG, oder einer GmbH die Stellung des Geschäftsinhabers einnehmen. Nach herrschender Ansicht treibt der Gesellschafter einer OHG, KG, oder GmbH selbst kein Handelsgewerbe.[77] Gewerbetreibender ist in diesem Fall die Gesellschaft und nicht der einzelne Gesellschafter. Räumt also ein Gesellschafter einem Dritten eine Beteiligung an seinem Gesellschaftsanteil ein, dann kann nur eine Innengesellschaft in Form einer Unterbeteiligung in Frage kommen und nicht eine stille Gesellschaft i.S. des § 335 HGB. Es wird aber auch die Auffassung vertreten, daß nur deshalb,weil

---

75) Greifeld, a.a.O., S. 2o; - Pöllinger,a.a.O., S.27; -Hecht, a.a.O., S.5; - Böttcher-Zartmann,a.a.O., S.24; -Peter, a.a.O., S.273; - Janberg,a.a.O., S.77;-Thoma, a.a.O., S. 216, Fußn.3; - Groß,a.a.O., S.424.

76) Esch in NJW 1964,S.9o2;- Schneider,a.a.O.,S.116.

77) Herzfeld, a.a.O., S.272; - Paulick, a.a.O. S.96.

§ 335 HGB die Beteiligung an einem Handelsgewerbe voraussetzte, eine enge Auslegung dieser Norm nicht zwingend sei, und daher die Beteiligung an einem Anteil an einer Personalgesellschaft in der Form der stillen Gesellschaft nicht unzulässig sein müsse. Die Verfechter dieser Gegenmeinung weisen darauf hin,[78] daß § 335 HGB für die Beteiligung eines Dritten am Handelsgewerbe eines anderen in Form einer stillen Gesellschaft die Leistung der Einlage nur so fordere, daß sie in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehe. § 335 HGB bestimme also nur ein wesentliches Merkmal der stillen Gesellschaft, nämlich den Mangel eines eigenen Gesellschaftsvermögens. § 335 HGB "enthält keine abschließende Abgrenzung des Begriffs des stillen Gesellschafters... Für die Annahme einer stillen Gesellschaft genügt vielmehr die auf ein Dauerverhältnis ausgerichtete Beteiligung am Gewinn."[79]

Hierbei handelt es sich im wesentlichen um einen dogmatischen Streit ohne eigentliche praktische Bedeutung. Dies läßt sich an Hand folgender Überlegungen verdeutlichen: die Vorschriften über die stille Gesellschaft werden lediglich entsprechend angewandt, weil sie teilweise, wie noch auszuführen sein wird, besser passen als die Regelungen des BGB.[8o] Das Gegenargument, daß nur die Bestimmungen der §§ 7o5 f. BGB maßgebend seien, ist nicht überzeugend. Auch für die stille Gesellschaft sind die §§ 7o5 f. BGB anwendbar, sofern sie nicht durch die §§ 335 f. HGB ergänzt werden. Diese erklären die stille Gesellschaft gerade zur Innengesellschaft ohne Gesamthandvermögen. Es wäre also widersinnig, auf der ausschließlichen Anwendung

---

78) Fischer, a.a.O., S.2o2

79) Schneider, a.a.O., S. 116.

8o) Dieser Meinung ist auch Westermann, a.a.O.,Ziff.949; - dagegen vertritt Esch die Auffassung, daß auf die Unterbeteiligungen an Handelsgesellschaften lediglich die Normen der §§ 335 ff. HGB anzuwenden sind (NJW 1964, S. 9o3).

der §§ 705 f. BGB zu bestehen, um eine rechtsdogmatische Abgrenzung zwischen der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung zu begründen, wo der Gesetzgeber bewußt eine Reihe von besonderen Bestimmungen für den Typus der Innengesellschaft in der Form der stillen Beteiligung geschaffen hat.[81] Für beide Rechtsinstitute, insbesondere für die Unterbeteiligung an einem Handelsgesellschaftsanteil und nicht nur an einer Gelegenheitsgesellschaft, können die Vorschriften der §§ 335 f. HGB ergänzt durch diejenigen der §§ 705 BGB angewandt werden.

Die weitere Überlegung knüpft an die Rechtsprechung der Finanzgerichte an, die die stille Gesellschaft und die Unterbeteiligung einheitlich behandeln. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Steuerpflichtige stiller Gesellschafter oder Unterbeteiligter ist, sondern es geht darum, ob der stille Beteiligte Mitunternehmer (§ 20 EStG) mit Einkünften aus Gewerbebetrieb oder lediglich Gläubiger des Hauptbeteiligten (§ 15 EStG) mit Einkünften aus Kapitalvermögen ist. Von diesem Gesichtspunkt her läßt sich auch die ungenaue Terminologie der Steuergerichte, wie z.B. "die Unterbeteiligung eines typischen stillen Gesellschafters",[82] erklären. Man sollte dieses Argument nicht verkennen, da die Steuergerichte von den wirklichen wirtschaftlichen Verhältnissen ohne Rücksicht auf privatrechtliche Manipulationen ausgehen müssen (§ 1,5 und 11 StAnpG). Das bedeutet aber, daß im Tatsächlichen gleichgelagerte Konstellationen unabhängig von der unterschiedlichen zivilrechtlichen Form steuerrechtlich gleich zu behandeln sind. Die Tatsache, daß die stille Gesellschaft und die Unterbeteiligung steuerrechtlich unter dem Begriff der stillen Beteiligung ein-

---

81) Ähnlich wie hier, wenn auch nicht besonders deutlich, Greifeld, a.a.O., S. 21.

82) BFH, BStBl 1960, S. 229.

heitlich gesehen werden, deutet m.E. darauf hin, daß beide Rechtsverhältnisse in ihrem steuerlich erheblichen Kern gleich sind. Der dogmatische Streit, ob die Beteiligung eines Dritten am Anteil eines Gesellschafters eine Unterbeteiligung oder aber eine stille Gesellschaft ist, hat also weder vom Standpunkt des anzuwendenden Rechts[83] noch unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten praktische Bedeutung. Rein terminologisch aber, und soweit sich der Begriff der stillen Beteiligung als Oberbegriff nicht eingebürgert hat, sollte man jedoch der herrschenden Lehre folgen und die Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines Einzelkaufmanns bzw. einer Gesellschaft als stille Gesellschaft, die Beteiligung am Anteil eines Gesellschafters dagegen als Unterbeteiligung bezeichnen.

b) Keine Verpflichtung des Unterbeteiligten zur Leistung einer Vermögenseinlage

Nach dem Wortlaut des § 335 HGB besteht die Hauptverpflichtung des stillen Gesellschafters in der Leistung einer Vermögenseinlage. Dabei ist es unerheblich, ob die Einlage eine Geld- oder Sacheinlage bzw. eine Dienstleistung ist. Eine entsprechende Verpflichtung des Unterbeteiligten zur Leistung einer Vermögenseinlage ist nach herrschender Lehre aber nicht zwingendes Merkmal der Unterbeteiligung.[84] Zwar wird in den meisten Fällen der Unterbeteiligte eine Vermögenseinlage als Entgelt für die eingeräumten Gewinnchancen einbringen. Bei den Familiengesellschaften aber sind die Fälle nicht selten, in denen der Vater in seiner Eigenschaft als Hauptbeteiligter seinen Kindern unentgeltlich eine Unterbeteiligung einräumt und

---

83) Über das anzuwendende Recht siehe unten III. Hauptteil.

84) Böttcher-Zartmann, a.a.O., S.41; - Pöllinger, a.a.O., S. 27; - Greifeld, a.a.O., S.21; - Paulick, a.a.O., S.95.

zwar entweder als Vorwegnahme der Erbfolge, zur Versorgung einer unverheirateten Tochter oder zur frühzeitigen Bindung eines Sohnes an den Betrieb.[85] Diese Fälle werden später bei der steuerlichen Behandlung der Unterbeteiligung eingehend erörtert.

c) Möglichkeit einer Unterbeteiligung an einer stillen Gesellschaft

Schließlich besteht die Möglichkeit, daß der stille Gesellschafter an seiner Beteiligung eine Unterbeteiligung einräumt. Eine solche Gestaltung des Unterbeteiligungsverhältnisses wird auch von der Rechtsprechung anerkannt.[86] Im Gegensatz dazu,kommt eine stille Gesellschaft an einer Unterbeteiligung nicht in Frage, da der Unterbeteiligte selbst kein Handelsgewerbe betreibt.

§ 2 Unterbeteiligung und Abtretung

Weiter muß zwischen der Unterbeteiligung einerseits und der Abtretung des Gesellschaftsanteils bzw. des Gewinn- und Auseinandersetzungsanspruchs andererseits unterschieden werden.

a) Unterbeteiligung und Anteilsabtretung

Unterbeteiligung und Abtretung des Gesellschaftsanteils unterscheiden sich im wesentlichen darin, daß im letzten Fall das alte Gesellschaftsverhältnis endet und an dessen Stelle ein neues zwischen der Gesellschaft und dem Zessionar tritt. Da aber das Gesellschaftsverhältnis auf gegenseitigem Vertrauen be-

85) Siehe I. Hauptteil, § 1 f.

86) Bolze 8,540: "Der B war bei einem Geschäft als stiller Gesellschafter beteiligt, er hat dem K eine Unterbeteiligung auf die Hälfte gegeben und dieser hat ihm verschiedene Kapitaleinlagen gezahlt..." - Vgl. auch Peter, a.a.O., S. 273.

ruht und keiner der Gesellschafter die Aufnahme eines Dritten in die Gesellschaft gegen seinen Willen dulden muß, kann eine solche Anteilsabtretung an der Verweigerung der Zustimmung der übrigen Gesellschafter scheitern. Dagegen bleibt bei der Einräumung einer Unterbeteiligung die Gesellschafterstellung des Hauptbeteiligten unberührt. Da die Unterbeteiligung keinerlei Wirkungen auf das Gesellschaftsverhältnis insgesamt hat, ist die Vereinbarung einer Unterbeteiligung nicht an die Zustimmung der übrigen Hauptgesellschafter gebunden. Dies hat schon das ROHG bei der Frage gesehen, ob der an einem Konsortium Beteiligte einem Dritten an seinem Anteil eine Unterbeteiligung einräumen darf. Es unterliege keinem Zweifel; "daß jeder einzelne Socius für seinen Anteil ohne Zustimmung der Übrigen eine die letztere (OHG) nicht berührende Societät einzugehen befugt ist," [87)] Vielmehr ist es sogar häufig der Fall, daß der Hauptbeteiligte eine Unterbeteiligung einräumt, ohne daß die übrigen Gesellschafter davon Kenntnis erlangen. Anders, wenn der Hauptgesellschaftsvertrag die Aufnahme eines Unterbeteiligten ausdrücklich verbietet.[88)] Zwar ist dann die Einräumung der Unterbeteiligung gültig, doch stellt sie zugleich eine Verletzung der gesellschaftlichen Pflichten seitens des Hauptgesellschafters dar, die den übrigen Gesellschaftern unter Umständen das Recht zur vorzeitigen Kündigung der Gesellschaft (§ 723 Abs. 1 Satz 2 BGB) gibt.[89)]

---

87) ROHG 13, 306,313.

88) Model-Haegele, a.a.O.,S.199; - Westermann,a.a.O., Ziff. 947.

89) In solchen Fällen greift meistens die Regelung des § 737 BGB ein. Der Gesellschafter, "in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach § 723 Abs.1 Satz 2 zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt," wird aus der Gesellschaft ausgeschlossen.

b) Unterbeteiligung und Abtretung der Gewinn- und Auseinandersetzungsansprüche

Noch deutlicher ist der Unterschied zwischen der Unterbeteiligung und der Abtretung des Gewinn- bzw. des Auseinandersetzungsanspruchs des Hauptgesellschafters. In letzterem Fall hat der Zessionar nur eine Gläubigerstellung. Ihm steht nur eine schlichte Forderung ohne Kontroll- und Informationsrechte zu. Der Unterbeteiligte dagegen ist Gesellschafter des Hauptbeteiligten. Der Zessionar verfolgt eigene Ziele und braucht auf die Interessen des Zedenten keine Rücksicht zu nehmen. Der Unterbeteiligte aber ist mit seinem Vertragspartner zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verbunden, so daß die Wahrung der Interessen des Hauptbeteiligten gleichzeitig Wahrung eigener Interessen bedeutet. Der Hauptbeteiligte kann allerdings auch einzelne Ansprüche, die ihm gegen die Gesellschaft zustehen, an den Unterbeteiligten abtreten,[90] so daß dieser einen direkten Anspruch gegen die Gesellschaft erlangt. Das ändert aber an den gesamten Rechtsbeziehungen nichts. Der Unterbeteiligte bleibt Gesellschafter des Hauptbeteiligten; er wird durch die Abtretung solcher Ansprüche lediglich Gläubiger der Hauptgesellschaft. Die durch die Abtretung einzelner Ansprüche erworbene Gläubigerstellung hat mit der gesellschaftlichen Stellung des Unterbeteiligten nichts gemeinsam.[91]

Unter diesem Blickwinkel lassen sich einige Entscheidungen, die die Unterbeteiligung als Abtretung bezeichnen, nicht aufrechterhalten. Diese fehlerhaften

---

9o) Im Rahmen des § 717 Satz 2 BGB.

91) Aus diesem Grunde scheint mir die vereinzelt vertretene Auffassung, daß der Unterbeteiligte rechtlich Gläubiger des Hauptbeteiligten sei, nicht zutreffend zu sein. Vgl. z.B. Thoma, a.a.O.,S.218.

Vorstellungen haben dazu beigetragen, daß über den Begriff der Unterbeteiligung bis in die jüngste Zeit Unklarheit herrschte. Die Problematik wird an einem Fall deutlich, in dem das ROHG versuchte, die Begriffe Gründerkonsortium, Konsortialbeteiligung, Unterkonsortium und Unterbeteiligung voneinander abzugrenzen.[92] Danach habe jeder der Konsortialen einen sog. Gründeranteil, den er abtreten oder an dem er einen Dritten unterbeteiligen könne. Der Zessionar bzw. der Unterbeteiligte trete in kein unmittelbares Rechtsverhältnis zum Konsortium, nehme aber mittelbar an allen Ergebnissen der Gründergesellschaft (des Konsortiums) teil. Dabei sei es denkbar, daß einer der Hauptkonsorten im Auftrag der übrigen, aber im eigenen Namen mit dritten Personen vertragliche Beziehungen für die Aktienbegebung des Inhalts eingehe, daß ihm das Begebungsgeschäft überlassen werde, der Gewinn der Begebung der Aktien über einen bestimmten Kurs hinaus aber anteilig dem neuen Gesellschafter zufalle, während dieser andererseits die Verpflichtung habe, unbegebene Aktien zum Konsortialkurs abzunehmen. Dieses Gesellschaftsverhältnis werde vom Standpunkt des Dritten aus "Konsortialbeteiligung" genannt.

Trete dagegen der Inhaber eines Gesellschaftsanteils einem Dritten einen Teil seines Anteils ab, so entstehe zwischen den Beteiligten ein Gesellschaftsverhältnis, ein sog. "Unterkonsortium". Der Anteilsinhaber könne aber auch seinen Anteil als ganzen abtreten. Danach verweist das ROHG auf Art. 98 AdHGB[93] und meint, daß nur im Fall des Art. 98 Abs. 2 von einem Unterkonsortium gesprochen werden könne, während " als Unterbeteiligten man auch denjenigen, dem der ganze Anteil abgetreten worden ist, bezeichnen kann".

---

92) ROHG 22,381. Der Sachverhalt ist für die obigen Ausführungen unerheblich.

93) Siehe oben Fußn. 24.

Diese Abgrenzung des ROHG kann nicht überzeugen.[94] Sie läßt den Eindruck entstehen, daß auch das ROHG sich über die Bedeutung eines Unterkonsortiums nicht völlig klar geworden sei. Zum einen spricht das Gericht bei der Abtretung eines Teils des Gesellschaftsanteils vom einem Unterkonsortium, zum anderen verweist es jedoch auf Art. 98 Abs.2 AdHGB, der von einer Beteiligung am Anteil und nicht von einer Teilabtretung des Anteils spricht. Daß gerade zwischen der Abtretung eines Gesellschaftsanteils und der Beteiligung an einem Gesellschaftsverhältnis ein erheblicher Unterschied besteht, ist bereits oben erörtert worden. Es ist also an der Regelung des Art.98 Abs.2 festzuhalten und als Unterkonsortium lediglich den Fall zu bezeichnen, in dem der Hauptkonsorte einen Dritten an seinem Anteil beteiligt.

Auch die Bezeichnung als Unterbeteiligung bei Abtretung des ganzen Anteils des Konsorten durch das ROHG trifft nicht zu. Eine Unterbeteiligung kommt schon vom Wort her nur bei einer bereits vorhandenen Beteiligung in Betracht. Nach der Abtretung des ganzen Anteils aber hat der Zedent keine Beteiligung mehr, an der er einen Dritten beteiligen kann, denn der ganze Anteil ist jetzt in den Händen des Zessionars. Es bestehen daher zwischen den Begriffen "Unterkonsortium", "Unterkonsortialbeteiligung" und "Unterbeteiligung am Konsortialanteil" keine qualitativen Unterschiede. Alle drei Begriffe bezeichnen denselben rechtlichen Vorgang, nämlich die gesellschaftliche Beteiligung eines Dritten am Anteil des Hauptkonsorten mit den sich daraus ergebenden Rechten (auf

94) Der im Text vertretenen Ansicht ist auch Herzfeld, a.a.O. ,S. 273.

Gewinnbeteiligung, falls die Begebung der Aktien über den Konsortialkurs erfolgt) und Pflichten (auf Abnahme der unbegebenen Aktien zum Konsortialkurs).

Die Begriffsverwirrung hat durch eine Entscheidung des RG weiter zugenommen.[95] Es handelte sich um eine Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil, die gegen Entgelt einem Unterbeteiligten an dem auf einen Nennbetrag von 5.ooo M entfallenden Gewinn bzw. Verlust eingeräumt wurde. Das RG ist dabei der Auffassung nicht gefolgt, daß Unterbeteiligungen an GmbH-Anteilen den Formerfordernissen des § 15 Abs.3 GmbHG unterliegen. Es führte dazu aus, daß "eine Unterbeteiligung nicht nur bei einem Vertrage, der die Abtretung einzelner Ansprüche des Gesellschafters auf Gewinn für einen bestimmten Zeitraum bezweckt, sondern auch dann vorliegt, wenn Gegenstand des Vertrages die Beteiligung am Gewinn und Verlust ohne zeitliche Begrenzung bildet." Diese Auffassung des RG ist m.E.nicht zutreffend. Wenn die Abtretung einzelner Ansprüche auf den Gewinn schon als Unterbeteiligung bezeichnet wird, so hätte das RG in diesem Fall mindestens zwischen den verschiedenartigen Rechtsinstituten Abtretung und Gesellschaftsverhältnis deutlicher unterscheiden müssen. Eine so weitgehende Ungenauigkeit ist jedoch ein Einzelfall geblieben und tritt heute kaum noch auf.

§ 3 Unterbeteiligung und Treuhand

In der Literatur wird weiter zwischen der Unterbeteiligung und dem Treuhandverhältnis unterschieden.[96] Falls ein Gesellschafter seinen Anteil einem Treuhänder überträgt, tritt dieser nach außen hin als voll-

95) RG in LZ 19o7,224.

96) Janberg, a.a.O.,S.77;-Böttcher-Zartmann,a.a.O.,S.51; -Thoma,a.a.O.,S.217,Fußn.5;-Hesselmann,a.a.O.,S.27, a.A.;-Schneider,a.a.O.,S.117. Er meint, daß die Unterbeteiligung als Treuhandverhältnis gestaltet sein kann.

berechtigter Gesellschafter auf. Dies entspricht allerdings nicht den tatsächlichen Beziehungen, denn im Innenverhältnis ist er lediglich Beauftragter des Treugebers. Darin besteht auch der wesentliche Unterschied zur Unterbeteiligung. Der Treuhänder ist vollberechtigter Gesellschafter, dessen Rechte sich direkt aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben. Formalrechtlich ist er Anteilseigner, wirtschaftlich allerdings nur Beauftragter des Treugebers, was auch bei der steuerlichen Einordnung zum Ausdruck kommt. Der Unterbeteiligte dagegen darf in der Regel dem Hauptbeteiligten keine Weisungen erteilen. Vielmehr bleibt die Verwaltung des Anteils dem Hauptbeteiligten überlassen, der nicht nur formalrechtlich, sondern auch wirtschaftlich Anteilseigner ist.

Die Abgrenzung ist deshalb bedeutsam, weil nach Auffassung der Literatur[97] die Rechte des Treugebers nur nach den gleichen Formvorschriften und unter den gleichen Voraussetzungen wie der Anteil selbst übertragen werden können. Das bedeutet, daß die Übertragung eines GmbH-Anteils zu treuen Händen der notariellen Beurkundung bedarf, während eine Unterbeteiligung an einem solchen Anteil formfrei abgeschlossen werden kann.[98] Ebenso darf die treuhänderische Übertragung eines OHG-Anteils nicht ohne Zustimmung

---

97) Janberg, a.a.O., S.77; - Böttcher-Zartmann, a.a.O S. 51; beide Autoren erwähnen, daß diese Meinung auch die herrschende in der Rechtsprechung sei; Böttcher-Zartmann nennen zur Begründung ihrer Behauptung keine Entscheidung, und Janberg beruft sich auf die Entscheidung des RG, RGZ 151 der ein anderer Fall besprochen wird (Ersatzansprüche für Unfallschäden). Vgl. aber RGZ 159,218.

98) Siehe unten III. Hauptteil, § 2b.

der übrigen Gesellschafter vorgenommen werden, während eine Unterbeteiligung an einem solchen Anteil nicht von der Zustimmung der übrigen OHG-Gesellschafter abhängig ist.[99)]

In diesem Zusammenhang ist auch auf das Verhältnis zwischen dem sog. Gestionskommanditisten und den übrigen Gesellschaftern einer KG einzugehen. Um die Beziehungen zwischen Geschäftsführung und Kommanditisten nicht zu schwerfällig zu gestalten, treten bei größeren Gesellschaften ein oder mehrere "Gestionskommanditisten" in Erscheinung. Es kann etwa vereinbart werden, daß nur ein solcher Kommanditist gegenüber der Geschäftsführung aufzutreten befugt ist, der über eine bestimmte Zahl von Anteilen verfügt. Der Gesellschaftsvertrag kann z.B. bestimmen, daß Inhaber von weniger als zwei Anteilen nicht mehr die Rechte von Kommanditisten haben, sondern sich mit der Stellung eines Unterbeteiligten begnügen müssen. Eine solche Regelung hat den Vorteil, daß die Zahl der Gesellschafter etwa durch Erbfolge nicht zu stark anwächst. Sie stellt ein geeignetes Mittel zur Abfindung von Erben dar, die kraft des Hauptgesellschaftsvertrages nicht Gesellschafter werden dürfen.[1oo)]

§ 4 Unterbeteiligung und partiarische Rechtsverhältnisse, insbesondere partiarisches Darlehen

Als letztes ist eine Abgrenzung zwischen der Unterbeteiligung und den partiarischen Rechtsverhältnissen,

---

99) In der 16. Aufl. des Baumbach-Duden Komm. zum HGB Anm. 1 F und H zu § 1o5 HGB heißt es: "Unterbeteiligung ist Treuhand eines Gesellschafters für andere in Bezug auf Teil des Anteils." Anders in der 17. Aufl.: "Unterbeteiligung ist Gesellschaft bürg. Rechts, Innengesellschaft... sie ist, beschränkt auf Teil des Anteils, verwandt der Treuhand."

1oo) Bühler, a.a.O., S. 58.

insbesondere dem partiarischen Darlehen zu treffen.[1o1)] Ein partiarisches Darlehen beinhaltet eine Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers. Dem Gläubiger, der mit der bloßen Verzinsung seines Kapitals nicht zufrieden ist, stehen folgende Möglichkeiten zur Verfügung:[1o2)] Er nimmt entweder die Stellung eines Kommanditisten ein, was ein Hervortreten nach außen mit sich bringt, oder er tritt dem Unternehmen als stiller Beteiligter bei. Die hier vertretene weite Auslegung der stillen Beteiligung umfaßt, entsprechend dem im Einführungskapitel Ausgeführten, jede Form einer anonymen Partnerschaft, d.h. sowohl die stille Gesellschaft und die Unterbeteiligung als auch das partiarische Darlehen. Diese Tatsache macht es jedoch schwer, zwischen der Unterbeteiligung und dem partiarischen Darlehen zu unterscheiden.[1o3)] Vor allem im Steuerrecht verwischen sich die Grenzen vollends. Dort geht es um die Frage, ob der stille Beteiligte Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. des § 2o EStG, was jede der hier besprochenen Formen der stillen Beteiligung betreffen kann, oder Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.S. des § 15 Ziff.2 EStG, d.h. als Mitunternehmer des Gewerbetreibenden,

---

1o1) Im Schrifttum und in der Rechtsprechung wird zwischen der stillen Gesellschaft bzw. der Unterbeteiligung und den partiarischen Rechtsverhältnissen unterschieden. Vgl. Soergel-Schultze-von Lasaulx, Anm. 13 f. vor § 7o5; Koenigs, a.a.O., S. 29; - Böttcher-Zartmann, a.a.O., S. 5o; - Paulick, a.a.O., S.85, 87 f.; - Hartmann, a.a.O., S. 19-22. Siehe aber auch Schneider, a.a.O.,S.117. Dort wird das partiarische Darlehen als eine Erscheinungsform der Unterbeteiligung bezeichnet.

1o2) In den obigen Ausführungen wird davon ausgegangen, daß der Kapitalinhaber sein Kapital möglichst sicher anlegen will, so daß die risikoreiche Stellung eines OHG-Gesellschafters zunächst nicht in betracht kommt.

1o3) Vgl. Soergel-Schultze-von Lasaulx, a.a.O.,Anm.14: "Die Abgrenzung des partiarischen Darlehens zur Gesellschaft ist schwer, besonders zur stillen Gesellschaft."

bezieht.[104)]

Folgendes ist festzuhalten: besteht eine affectio societatis contrahaendae, d.h. die Absicht der Vertragschließenden, den im Vertrage festgesetzten Zweck durch gemeinsame Anstrengungen zu verfolgen, so liegt ein Gesellschaftsverhältnis vor.[105)] Verfolgt dagegen jede der Vertragsparteien getrennte Ziele, kommt es z.B. dem einen gerade auf den Kapitalbetrag an, während es dem anderen, der das Kapital zur Verfügung stellt, um eine möglichst gewinnbringende Anlage geht, so liegt keine Gesellschaft, sondern eher ein partiarisches Darlehen mit scharf auseinanderzuhaltender Schuldner- und Gläubigerstellung vor.

Trifft das oben erwähnte Kriterium zu, so ergeben sich in der Praxis Schwierigkeiten, wenn es um die Unterscheidung zwischen Unterbeteiligung und partiarischem Darlehen geht. Der partiarische Darlehensgeber hat im allgemeinen nicht nur ein schlichtes Gläubigerinteresse, sondern auch ein Interesse daran, daß die Geschäfte des Darlehensnehmers florieren, und damit die an ihn auszuschüttenden Tantiemen möglichst hoch sind. Daraus folgt eine Bereitschaft des Darlehensgebers, alle zur Förderung dieses Zweckes erforderlichen Maßnahmen zu treffen und jede Handlung zu unterlassen, die diesem Zweck zuwiderlaufen könnte. In gewissem Umfang besteht demnach auch zwischen den Parteien eines

---

1o4) BFH, BStBl 1968,669: "Hat der Unterbeteiligte gegen den Hauptbeteiligten nur einen Anspruch auf einen Anteil am laufenden Gewinn, ohne bei Veräußerung oder Liquidation der Hauptgesellschaft auch einen Anteil an den stillen Reserven zu haben, so ist er ein typischer stiller Gesellschafter oder ein p a r t i a r i s c h e r D a r l e h e n s g e b e r des Hauptbeteiligten." Siehe auch BFH, BStBl 1962, III.S.337.

1o5) So auch Soergel-Schultze-von Lasaulx, a.a.O., Anm. 13.

partiarischen Darlehens ein gemeinsames Ziel, so daß die wirklichen Unterscheidungsmerkmale in den einzelnen Ausgestaltungskriterien zu suchen sind. So spricht z.B. die Verlustbeteiligungsklausel für ein Gesellschaftsverhältnis, da sie mit dem Wesen eines Darlehens unvereinbar ist.[106] Der Darlehensgeber will nämlich die von ihm geleistete Summe auf jeden Fall zurückerhalten (§ 607 BGB); eine etwaige Teilnahme am Verlust kommt für ihn auch dann nicht in Betracht, wenn sich die Verlustbeteiligung allein in der Aufzehrung dieses Darlehensbetrags beschränkt. Die Einräumung von Kontroll- und Überwachungsrechten i.S. des § 716 BGB spricht ebenfalls für ein Gesellschaftsverhältnis, da diese Rechte gerade dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zustehen, also gesellschaftlicher Art sind. Auch der Ausschluß der einseitigen Übertragbarkeit der Rechte aus dem Vertrag ohne Zustimmung des anderen Vertragsteiles weist in Richtung auf ein Gesellschaftsverhältnis, da eine solche Regelung auf eine engere persönliche Bindung der Parteien schließen läßt. Die Bezeichnung des Verhältnisses von den Parteien als stille Beteiligung oder als partiarisches Darlehen darf deshalb nicht immer maßgebend sein. Vielmehr ist für die richtige Einordnung des Rechtsverhältnisses das Gesamtbild der getroffenen Vereinbarungen zu berücksichtigen, aus denen sich jeweils ergibt, ob die Parteien ein Gesellschafts- oder ein Darlehensverhältnis beabsichtigt haben.

---

106) Schwierigkeiten ergeben sich im Falle des § 336 Abs. 2 HGB, wenn die Verlustbeteiligung des Stillen ausgeschlossen ist. Dann sollte man nach dem Gesamtbild, wie es sich aus den einzelnen Bestimmungen des abgeschlossenen Vertrags ergibt (z.B. Weisungsrechte des Stillen, gewisse Kontrollrechte) urteilen, ob eine stille Gesellschaft oder ein partiarisches Darlehen vorliegt.

III DRITTER HAUPTTEIL:

Einzelne Sachfragen

§ 1 Der Unterbeteiligungsvertrag - Nichtigkeit des Unterbeteiligungsvertrags - faktische Innengesellschaft

Die Unterbeteiligung ist ein Gesellschaftsverhältnis, das durch Vertrag entsteht. Ob es sich dabei um einen gegenseitigen Vertrag handelt oder nicht, ist in der Literatur ausreichend erörtert worden und darf hier dahingestellt bleiben.[107] Entscheidend ist nur, daß die praktisch wichtigsten Vorschriften, die §§ 325 und 326 BGB nicht mehr anwendbar sind, sobald die Gesellschaft nach außen am Rechtsverkehr teilnimmt, oder der Gesellschaftsvertrag sonstwie zur Ausführung gelangt ist.[108] Für die Unterbeteiligung kommt nur die zweite Möglichkeit in Betracht, da sie als Innengesellschaft nach außen nicht in Erscheinung tritt.

Ein interessantes Problem im Bereich der vertraglichen Entstehung der Unterbeteiligung als Innengesellschaft ergibt sich aus der Frage nach den Rechtsfolgen, die bei einer Innengesellschaft eintreten, wenn der zugrunde liegende Vertrag nichtig ist, sei

---

107) Zum Stand der Meinungen siehe Staudinger-Geiler, Anm. 3 zu § 705 BGB; Soergel-Schultze-von Lasaulx, Anm. 14 und 15 zu § 705 BGB; - Palandt-Gramm, Anm. 3c zu § 705 BGB; - Larenz, Schuldrecht II, S. 287.

108) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 28.

es, daß er von vornherein ungültig war (z.B. wegen Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteiles), sei es, daß einer der Vertragschließenden wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung seine Willenserklärung nachträglich angefochten hat. Das Problem tauchte zunächst bei den Außengesellschaften auf. Hier haben Literatur und Rechtsprechung[1o9)] unter Berufung auf den gegenüber den Dritten bzw. den Gläubigern hervorgerufenen Rechtsschein die Vorschriften über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen auf den gesellschaftlichen Zusammenschluß für unanwendbar erklärt, wenn die Gesellschaft als solche nach außen hervorgetreten und Dritten gegenüber tätig geworden ist. Später ist das RG noch einen Schritt weiter gegangen, indem es dem nichtigen Gesellschaftsvertrag auch im Innenverhältnis nicht jede Wirkung abgesprochen, sondern die Grundsätze über die gültig errichtete Gesellschaft auch im Innenverhältnis für anwendbar gehalten hat. Die praktische Bedeutung der Lehre über die faktische Gesellschaft sei nach Auffassung des RG, daß einerseits die Geltendmachung der Unwirksamkeitsgründe zwischen den Gesellschaftern durch Kündigung, andererseits die Abwicklung des Gemeinschaftsverhältnisses wie bei einer aufgelösten Gesellschaft und nicht nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts zu erfolgen habe.[11o)]

Die Frage lautet also, ob die für die faktische Gesellschaft entwickelten und geltenden Grundsätze auch auf eine Unterbeteiligungsgesellschaft anwendbar sind, wenn der dem Gesellschaftsverhältnis zugrundeliegende Gesellschaftsvertrag nichtig ist, weil z.B. einer der Partner seine Erklärung wegen einem der in den §§ 119 und 123 BGB genannten Gründe angefochten hat. Der BGH hat das Problem für den Bereich der stillen Gesellschaft geklärt. Wegen der viel-

1o9) RGZ 145,155; RG in JW 1934,1498.

11o) RGZ 165,193,2o2.

fachen Ähnlichkeiten zwischen der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung gilt die vom BGH vertretene Lösung auch für die Unterbeteiligung. Grundlage für die Entscheidung bildete der folgende Sachverhalt:[111] Der Inhaber eines konzessionierten Apothekenbetriebs hatte einen Dritten an dem Betrieb in der Form einer stillen Gesellschaft beteiligt. Der Gesellschaftsvertrag war infolge Formmangels nichtig. Trotzdem hatten die beiden Gesellschafter die Apotheke jahrelang zusammen betrieben. Nach außen trat nur der eine von ihnen als Inhaber der Apotheke auf, im Innenverhältnis aber teilten sie sich den Gewinn und übernahmen gleichmäßig die Belastungen. Entscheidend war nun einerseits, ob eine solche Beteiligung an einem konzessionierten Betrieb überhaupt zulässig sei, andererseits ob der stille Gesellschafter nach Auflösung des Verhältnisses einen Auseinandersetzungsanspruch habe, der sich auch auf die in dem Apothekenbetrieb steckenden Werte erstrecke, oder ob er sich lediglich auf Bereicherungsansprüche verweisen lassen müsse. Der BGH war der Meinung, daß der Inhaber eines konzessionierten Betriebs an diesem auch einen Dritten in der Form einer stillen Gesellschaft beteiligen könne, weil es für die Beurteilung der öffentlich-rechtlichen Verbotsnorm allein auf die Rechtstellung im Außenverhältnis ankomme. Die Grundsätze über die faktische Gesellschaft seien auch auf eine fehlerhaft gegründete stille Gesellschaft anzuwenden, wenn nach dem Willen der Parteien

---

111) BGHZ 8,157 f. = GmbHRdsch. 1953,27 f. Der Fall wurde oben (I. Hauptteil, § 1d) bei der Erörterung der Gründe, die zum Abschluß einer Unterbeteiligung führen können, besprochen.

ein tatsächlich geschaffenes Gemeinschaftsverhältnis vorliege, das dem Recht der OHG angeglichen sei.

Liegt also eine fehlerhafte Unterbeteiligung vor, ist aber das Gesellschaftsverhältnis tatsächlich über eine längere Zeit hinweg durchgeführt worden, so entsteht nach dem Willen der Vertragschließenden ein faktisches Gesellschaftsverhältnis, auf das die §§ 7o5 ff. BGB und 335 ff. HGB Anwendung finden. Die praktische Bedeutung liegt darin, daß die Unwirksamkeitsgründe durch Kündigung geltend zu machen sind, und daß das Gemeinschaftsverhältnis nach Gesellschaftsrecht und nicht nach Bereicherungsrecht abzuwickeln ist.[112)]

Die genannten Grundsätze sind jedoch nur insofern anwendbar, als eine atypische Erscheinungsform der stillen Gesellschaft bzw. der Unterbeteiligung vorliegt.[113)] Nach der Auffassung des BGH liegt eine solche atypische stille Beteiligung dann vor, wenn sowohl eine Beteiligung des stillen Gesellschafters an dem Wert des Geschäftsvermögens als auch eine gemeinsame Tätigkeit der Gesellschafter in dem Unternehmen nach den Grundsätzen des Rechts der OHG gegeben ist. Dieser Auffassung hat sich auch die Literatur angeschlossen. Sie sieht das entscheidende Kriterium für die Anwendung der oben erwähnten Grundsätze auf die stille Beteiligung in der Begründung und dem Vollzug eines wertschaffenden Gemeinschaftsverhältnisses, was nur im Rahmen einer atypischen Gestaltung der stillen Beteiligung möglich sei.[114)]

---

112) Über die Begründung der Anwendung der Grundsätze der fakt. Gesellschaft auch auf die Innengesellschaft siehe Siebert in BB 1958,1o65 ff. und Habscheid in BB 1955,5o ff.

113) Vgl. dazu den Aufsatz von Siebert in NJW 1953, S. 8o6.

114) Habscheid, a.a.O., S. 52; - Siebert, a.a.O., S. 1o69-1o7o.

§ 2 Formfragen

Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags ist nach geltendem Recht grundsätzlich formfrei.[115] Das gilt auch für den Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrags, es sei denn, daß besondere Tatbestände eingreifen, die den Vertrag formbedürftig machen. So bedarf z.B. der Unterbeteiligungsvertrag der notariellen Beurkundung, wenn sich der Unterbeteiligte verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens als Einlage zu leisten (§ 311 BGB), oder wenn sich der Unterbeteiligte zur Einbringung eines Grundstücks quoad dominium verpflichtet (§ 313 BGB). Andererseits empfiehlt sich die Einhaltung der schriftlichen Form stets, und zwar aus Gründen der Beweissicherung und zur Vermeidung von Mißverständnissen. Der Hauptgrund für die Einhaltung der Schriftform liegt aber im Bereich des Steuerrechts und zwar in Fällen der Familiengesellschaften, die der Mehrzahl der zu beurteilenden Unterbeteiligungen zugrunde liegen. In einer solchen Entscheidung ging es um die Frage, ob mündlich vereinbarte Unterbeteiligungen zwischen Eltern und Kindern, bzw. zwischen nahen Angehörigen, steuerlich anerkannt werden können. Der BFH[116] hat solche Unterbeteiligungsverhältnisse steuerlich anerkannt, an den Nachweis derartiger Vereinbarungen aber strenge Anforderungen gestellt, da ähnlich wie bei der stillen Gesellschaft Rechtswirkungen nach außen nicht eintreten.

---

115) Herzfeld, a.a.O.,S. 296; - Hueck,a.a.O., S. 29; Larenz, Schuldrecht II, S. 291.

116) BFH Urt. vom 3.12.1958 BB 1959,4o2.

a) Unentgeltliche Einräumung einer Unterbeteiligung

Wesentlich interessanter ist die Problematik des Formerfordernisses bei der Unterbeteiligung im Falle der schenkungsweisen Einräumung einer solchen Stellung. So ist es möglich, daß ein Vater als Gesellschafter einer OHG seiner unverheirateten Tochter eine Unterbeteiligung an seinem Anteil ohne Entgelt einräumt. Es fragt sich dabei einerseits, ob ein solches Versprechen formbedürftig ist, andererseits, ob die Bewirkung der versprochenen Leistung den Formmangel heilt. Daß das Schenkungsversprechen der Form des § 518 Abs. 1 BGB bedarf, begegnet keinen Bedenken. Es handelt sich um einen Vertrag, bei dem die Leistung des einen Teils, d.h. die Einräumung der Unterbeteiligung, schenkungsweise versprochen wird. Nach § 518 Abs. 2 heilt allerdings die Bewirkung der versprochenen Leistung den Mangel der Form. Streitig ist, wie der Begriff der Bewirkung der Leistung in dem Fall einer Unterbeteiligung aufzufassen ist. Das Problem läßt sich am besten durch ein Beispiel aus der Rechtsprechung verdeutlichen.[117] Zwei Brüder, A und B, betrieben unter dem Namen des A ein Kohlengeschäft. Im Innenverhältnis allerdings war der B gleichberechtigter Teilhaber. Nach dem Tode des B löste sich die Innengesellschaft auf. Die Witwe des B forderte einen wesentlich höheren Auseinandersetzungsbetrag als A zu zahlen bereit war. Nach ihrer Auffassung sollte in die Auseinandersetzung nicht nur das Geschäftsvermögen, sondern auch das ganze Vermögen, das bei Gründung der Gesellschaft im Geschäft des A steckte, einbezogen werden. Der Streit ging darum, ob sich die Beteiligung des B auch auf das bei Errichtung der Gesellschaft vorhandene Vermögen des A oder nur auf

---

117) BGH in NJW 1953,138 ff.

das während der Dauer der Gesellschaft unter seinem Namen hinzukommende Vermögen erstrecke. Der BGH vertrat die Auffassung, daß im Falle einer Verpflichtung des A, das Vermögen seines Geschäfts als gesamthänderisches Vermögen zu behandeln, bei Unentgeltlichkeit der Eingehung dieser Verpflichtung ein formbedürftiges Schenkungsversprechen vorgelegen hätte. Bei einer Innengesellschaft werde in solchen Fällen der Geschäftsinhaber lediglich schuldrechtlich verpflichtet. "Geht aber seine Verpflichtung dahin, den anderen an seinem Vermögen zu beteiligen, so soll es nach dem Parteiwillen nicht zu einer Vermögensübertragung kommen."[118] Die Zusage erschöpfe sich in einer schuldrechtlichen Verpflichtung, die, wenn sie unentgeltlich erteilt werde, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe. Der BGH sah in der steuerlichen und buchmäßigen Behandlung der stillen Beteiligung keine Vollziehung der Schenkung.

Diese Auffassung des BGH, daß die steuerliche und buchmäßige Behandlung der Unterbeteiligung keine Vollziehung der Schenkung sei, ist stark kritisiert worden.[119] Der BGH folgt einer streng am Wortlaut orientierten Auslegung des § 518 BGB, die aber im vorliegenden Fall nicht weiterführen kann. Die Entscheidung geht davon aus, daß das Versprechen, einen Betrag schenkungsweise zu überlassen, keine Vollziehung der Schenkung sei, auch wenn dies in die Bü-

---

118) BGH, a.a.O., S. 139.

119) Vor allem Hueck, in: NJW 1953, 138 f.; zustimmend Siebert, in: NJW 1953, 807; siehe auch den Aufsatz von Hueck, in: ZHR 83, 1 ff. (9-15); -Hundertmark, a.a.O., S. 166; - a.A. Hesselmann, a.a.O., S. 27; - Schneider, a.a.O., S. 119; -Peter, a.a.O., S. 275; -Schneider, in: DB 1954, S. 739; -Wendelstein, a.a.O., S. 738.

cher der Gesellschaft eingetragen werde. Meines Erachtens kann dieser Ansicht des BGH nicht zugestimmt werden. Zunächst ist die Einräumung der Stellung eines stillen Beteiligten qualitativ etwas anderes als die Abgabe eines bloßen Schenkungsversprechens. Jener wird Gesellschafter, dieser erlangt lediglich eine Gläubigerstellung. Damit ergibt sich folgendes: während die Bewirkung der versprochenen Leistung, z.B. die Auszahlung des versprochenen Geldbetrags seitens des Versprechenden gemäß § 518 Abs.2 BGB den Formmangel heilt, stellt nach Ansicht des BGH die tatsächliche Einräumung einer Unterbeteiligung mit einer Gewinn- und eventuellen Verlustbeteiligung,Kontrollrechten und langjähriger Mitarbeit keine Bewirkung der versprochenen Leistung dar. Was dann im vorliegenden und ähnlichen Fällen nach Meinung des BGH als Vollziehung des Schenkungsversprechens anzusehen ist, bleibt offen. Es ist wohl eher anzunehmen, daß die Einräumung einer stillen Beteiligung, wenn sie unentgeltlich erfolgt, der Form des § 518 Abs. 1 BGB bedarf, dieser Formmangel aber durch die tatsächliche Durchführung des Unterbeteiligungsverhältnisses geheilt wird. Dabei müssen Vorgänge wie die Ausschüttung der versprochenen Gewinnquote, die Erteilung von Auskunft über die Arbeiten der Hauptgesellschaft, die Einräumung von Kontrollrechten usw. bei Würdigung des Gesamtbildes berücksichtigt werden. Die buchmäßige und steuerliche Behandlung der stillen Beteiligung stellt einen weiteren Faktor dar, der beachtet werden muß.

Die hier vertretene Auffassung wird mittelbar auch durch ein Urteil des BFH[12o] bestärkt. Ein Vater, persönlich haftender Gesellschafter einer KG, hatte seiner Tochter eine Unterbeteiligung an seinem Anteil schenkungsweise eingeräumt. Fünf Monate nach dem Ab-

---

12o) BStBl 1962,5o3 ff.

schluß des Unterbeteiligungsvertrags wurde diese Unterbeteiligung durch einen Gesellschafter-Beschluß in eine unmittelbare gesellschaftliche Beteiligung an der Hauptgesellschaft selbst umgewandelt. In der Zwischenzeit war die unterbeteiligte Tochter gewinnberechtigt gewesen. Die in diesem Zusammenhang aufgetretene Frage über die Entrichtung von Schenkungssteuer interessiert hier nicht. Daneben hat der BFH aber die Behauptung der steuerpflichtigen Tochter, daß der Vertrag über die Errichtung einer Innengesellschaft formfrei abgeschlossen werden könne, gebilligt. "Mit der mündlichen Vereinbarung über die Unterbeteiligung am Kapitalanteil ihres Vaters, hat die Steuerpflichtige das erhalten, was ihr zugedacht war."[121] Auf § 518 Abs. 1 BGB ist der BFH im Urteil allerdings nicht eingegangen. Tatsache bleibt jedoch, daß die unentgeltliche Einräumung einer Unterbeteiligung der Form des § 518 Abs.1 BGB bedarf; der Formmangel wird aber durch tatsächlichen Vollzug der getroffenen Vereinbarungen geheilt, Wird dem Unterbeteiligten die Möglichkeit gegeben, seine Rechte gegen den Hauptbeteiligten zu dem vertraglich vereinbarten Zeitpunkt geltend zu machen,[122] so liegt darin eine Bewirkung der versprochenen Leistung und somit eine Heilung des Formmangels

121) BFH, a.a.O., S. 5o4.

122) Es ist für die Annahme einer Bewirkung der Leistung nicht erforderlich, daß der Unterbeteiligte die ihm eingeräumten Rechte sofort geltend machen kann. Denn sein Hauptrecht, die Gewinnbeteiligung, steht ihm regelmäßig erst am Ende des Geschäftsjahres zu.
Vgl. § 721 Abs. 2 BGB.

gemäß § 518 Abs. 2 BGB.[123]

b) Einräumung einer Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil

Es ist oben[124] darauf hingewiesen worden, daß die Einräumung einer Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil nicht der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG bedarf. Diese von der Rechtsprechung einheitlich vertretene Meinung, läßt sich anhand der folgenden Beispiele verdeutlichen. Einmal[125] ging es darum, daß aufgrund Parteivereinbarung der A einen weiteren Stammanteil an der GmbH X erwerben sollte, damit unter Einbeziehung des bereits vorhandenen Stammanteils (Wert 5.000 M) den Parteien A und B Stammanteile in Höhe von 10.000 M gehören sollten. Wesentlich dabei war, daß dieser Stammanteil zunächst auf den Namen des A ausgestellt werden sollte, der B aber nach Ablauf eines Jahres die Übertragung auf seinen Namen fordern konnte. Das OLG hatte dieses Abkommen der Parteien zutreffend als Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrages bezeichnet. In der Revision behauptete der A aber, die Vereinbarung sei wegen Verletzung des

---

123) Unklar ist die Stellungnahme Westermanns,a.a.O., Ziff. 957: "Bei der Unterbeteiligungsgesellschaft ließe sich daran denken, daß zumindest mit der Abtretung der Ansprüche auf den Gewinn und auf das Auseinandersetzungsguthaben die Schenkung vollzogen sei. Damit erschöpft sich allerdings die Unterbeteiligung nicht, auch wenn diese Ansprüche ihren wesentlichen Inhalt ausmachen. Man wird darin den Vollzug der Schenkung sehen können." Es fragt sich also, ob die Abtretung der Ansprüche auf den Gewinn usw. als Vollzug der Schenkung gelten, obwohl sich die Unterbeteiligung nicht in diesen erschöpft. M.E. schließt sich Westermann der obigen Auffassung an, da er weiter ausführt: "Wohl aber kann eine länger dauernde Erfüllung der Pflichten aus der Unterbeteiligung Vollzug der Schenkung sein." Die Praxis hält sich jedoch aus Sicherheitsgründen an das Gebot des § 518 Abs.1 BGB.Siehe dazu BFH in BB 1959,4o2=DB 1959,752.Hier wurde der Vertrag, durch den ein OHG-Gesellschafter seinen Kindern eine Unterbeteiligung unentgeltlich einräumte, notariell beurkundet.

124) Siehe I. Hauptteil, § 1g.

125) RG in JW 19o6,4o1.

§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG nichtig gewesen. Das RG führte dazu aus, daß nach der Vereinbarung A Eigner des Anteils bleiben sollte. Nur im Innenverhältnis hätten dem B gleiche Rechte und Pflichten am Gewinn und Verlust wie dem A zugestanden. Zwar verstieße der Vertrag als solcher nicht gegen die Vorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG,[126] jedoch fordere § 15 Abs. 4 GmbHG die gerichtliche oder notarielle Beurkundung auch für die Vereinbarungen, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Gesellschaftsanteils bzw. eines Teils des Anteils, begründet werde. Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form sei also die Vereinbarung, soweit sie eine Übertragungsverpflichtung begründete, nichtig (§ 125 BGB).[127]

Dieser Standpunkt wurde einige Jahre später in einem anderen Urteil bestätigt.[128] Die Vertragsparteien A und B hatten vereinbart, daß B eine Beteiligung an der GmbH M in Höhe von 250.000 M erwerben sollte. Zu diesem Zweck stellte ihm der A die Hälfte des Betrags zur Verfügung. Nachdem der B den Anteil erworben hatte, bestätigte dieser dem A schriftlich, daß A an seinem - des B - Gesellschaftsanteil zur Hälfte beteiligt sei. Den auf den Anteil entfallenden Gewinn hatte B jeweils an A ausgezahlt. Nach dem Tod beider Parteien nahmen die Erben des A die Erben des B auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung in An-

---

126) Vgl. auch RG in LZ 19o7,224.

127) Das Urteil wurde aufgehoben und zurückverwiesen. Das OLG sollte erneut prüfen, ob die Voraussetzungen des § 139 BGB erfüllt seien, d.h., ob die Nichtigkeit jener Vereinbarung die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge habe, wenn nicht anzunehmen sei, daß der Unterbeteiligungsvertrag auch ohne die nichtige Vereinbarung abgeschlossen worden wäre.

128) RG in LZ 1915,1o11.

spruch. Sie behaupteten, beide Erblasser hätten seinerzeit die Abtretung der Hälfte des Geschäftsanteils an A beabsichtigt. Der Vertrag sei daher wegen Nichtbeachtung der nach § 15 Abs. 3 GmbHG erforderlichen Form nichtig. Die Klage ist vom RG abgewiesen worden. Danach hätten die beiden Gesellschafter nicht die Abtretung des Geschäftsanteils, sondern lediglich die Einräumung einer Unterbeteiligung des A bezweckt; ein solcher Vertrag bedürfe aber nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Kläger vertraten weiter die Auffassung, daß der Umfang der Unterbeteiligung so erheblich gewesen sei, daß der Unterbeteiligte nicht nur am Gewinn und am Auseinandersetzungsguthaben, sondern auch an sämtlichen mit dem Geschäftsanteil verknüpften Rechten hätte teilhaben sollen. Deshalb sei der Vertrag auf eine Abtretung aller Ansprüche und in der Folge auf Abtretung des Anteils selbst gerichtet gewesen. Das RG meinte, daß es sich nicht um eine Abtretung handeln könnte, da nach den getroffenen Vereinbarungen sämtliche Ansprüche, die sich aus dem Anteil ergaben, nach wie vor dem B zustehen sollten. Dieser hätte lediglich zur Ausbeutung des Anteils mit dem A eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts - eine Innengesellschaft - gegründet, kraft derer er ihm auf sorgfältige Ausübung seiner Rechte in der GmbH (§ 708 BGB) sowie auf Teilung der daraus fließenden Vermögensbezüge hafte (§ 713 BGB).

In diesem Urteil wurden deutlich die Hauptmerkmale der Unterbeteiligung herausgearbeitet: erstens, daß es sich um eine Innengesellschaft, die nach außen hin nicht in Erscheinung tritt, handelt, und zweitens, daß die Rechte und Pflichten aus der Hauptgesellschaft nur dem Hauptbeteiligten zustehen, der diesbezüglich geschäftsführender Socius des Innengesellschafters ist. Er muß in der Ausübung dieser Rechte

für die Sorgfalt, die er in den eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, einstehen (§ 7o8 BGB).

§ 3 Die Geschäftsführung bei der Unterbeteiligung

Die Unterbeteiligung stellt ein Gesellschaftsverhältnis dar, das die Beteiligung an einem Anteil an einer Hauptgesellschaft zum Ziel hat. Der Hauptbeteiligte ist verpflichtet, seine Gesellschafterstellung als Teil des Vermögens der Unterbeteiligungsgesellschaft zu betrachten.[129] Aus dieser Feststellung ergibt sich zum einen, daß die Unterbeteiligung akzessorischen Charakter hat und dementsprechend von der Existenz der Hauptbeteiligung abhängig ist; und zum anderen, daß Maßnahmen der Geschäftsführung innerhalb der Innengesellschaft allein vom Hauptbeteiligten getroffen werden können, da die Verwaltung und wirtschaftliche Nutzung des Hauptanteils ihm allein als Anteilseigner zusteht. In der vertragsmäßigen Verwaltung und Nutzung des Hauptanteils besteht aber der Zweck der Unterbeteiligungsgesellschaft, so daß die Verwirklichung dieses Zweckes unmittelbar von den entsprechenden Geschäftsführungsmaßnahmen des Hauptbeteiligten abhängt. So heißt es z.B. in einem Unterbeteiligungsvertrag:[13o] "Der Gesellschaft (einer OHG) gegenüber werden die Rechte und Interessen der Unterbeteiligten durch den Hauptbeteiligten wahrgenommen. Die Unterbeteiligten unterwerfen sich insoweit den Maßnahmen des Hauptbeteiligten. Der Hauptbeteiligte ist verpflichtet, bei seinen Entscheidungen die Interessen der Unterbeteiligten zu berücksichtigen."

---

129) Vgl. Pöllinger, a.a.O., S. 64.

13o) § 8 des vom BFH - oben Fußn. 123 - zu beurteilenden Vertrags.

Eine solche Klausel steht mit der bisherigen Rechtsprechung durchaus im Einklang. In einem Urteil des ROHG ging es z.B. um eine Unterkonsortialbeteiligung, bei der eine Geschäftsführung des Unterkonsortialbeteiligten nicht in Frage kam. Der Unterbeteiligte durfte zwar von seinem Partner "strikte Innehaltung der Syndikatsbestimmungen unter welcher er contrahiert hatte" fordern,[131] es war aber Sache des Hauptbeteiligten, die aus den "principalen Syndikatsbestimmungen" fließenden Rechte den übrigen Hauptgesellschaftern bzw. der Hauptgesellschaft gegenüber selbständig geltend zu machen. Diese Stellung des Hauptbeteiligten als alleiniger Geschäftsführer der Untergesellschaft wird auch in der Literatur als Handelsbrauch anerkannt,[132] und von der Rechtsprechung des BGH bestätigt. In einer der letzten Entscheidungen des BGH über die Konsortialbeteiligung an einem Kreditgeschäft wird ausgeführt: "Bei der üblichen Unterbeteiligung an einem Kreditgeschäft ist seit jeher anerkannt, daß der Unterbeteiligte alle diejenigen Maßnahmen des allein aus der Kreditgewährung berechtigten Hauptbeteiligten hinzunehmen hat, die dieser im Rahmen einer ordnungsmäßigen Durchführung des Kreditvertrags oder des Unterbeteiligungsvertrags trifft." Und weiter nach einem Überblick über die bis dahin ergangene Rechtsprechung: "...Nach Handelsbrauch oder als stillschweigend vereinbart, ist anzusehen, daß der Hauptkonsorte selbständig alle Maßnahmen hinsichtlich der Beteiligung für den Unterbeteiligten verbindlich treffen kann. Nur diese Auffassung wird der Eigenschaft des Geschäfts gerecht."[133]

---

131) ROHG 17,196,2o3.

132) Dove-Meyerstein, a.a.O., siehe oben Fußn. 37; - Greifeld, a.a.O., S.36; - Herzfeld, a.a.O.,S.276.

133) BGH-Urteil vom 22.3.65 BB 1965,517.

Die Geschäftsführung in den Konsortialgeschäften liegt also allein in den Händen des Hauptkonsorten. Bei den übrigen Personalgesellschaften ist es nicht anders. Obwohl hier das persönliche Element stärker hervortritt, ist es allgemein anerkannt, daß die erforderlichen Geschäftsführungsmaßnahmen allein von dem Hauptbeteiligten getroffen werden können. Schon das ROHG hatte ausgeführt, daß der Hauptbeteiligte "geschäftsführender Socius" des Unterbeteiligten sei.[134] Dieser Ansicht schließt sich auch die herrschende Lehre an.[135] Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht bestehen m.E. keine Bedenken. Die Rechtstellung des Hauptbeteiligten ist doppelter Natur. Der Hauptbeteiligte ist zunächst Gesellschafter der Hauptgesellschaft. Als solcher muß er das seinerseits Erforderliche tun, um den Gesellschaftszweck zu fördern und gleichzeitig alles unterlassen, was der Verwirklichung dieses Zweckes entgegensteht. Seinen Mitgesellschaftern gegenüber schuldet er Treue und Verschwiegenheit; er ist darüber hinaus zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet, soweit er nicht ausdrücklich davon ausgeschlossen ist. Auf der anderen Seite aber ist er Mitglied der Untergesellschaft. Die oben genannten Pflichten treffen ihn auch in seiner Eigenschaft als Vertragspartner des Unterbeteiligten. Hier muß allerdings eine Einschränkung gemacht werden. Gegenstand der Unterbeteiligung ist der Hauptgesellschaftsanteil mit allen Rechten und Pflichten, wie sie sich aus dem Hauptgesellschaftsvertrag ergeben. Dementsprechend richtet sich die Unterbeteiligungsgesellschaft nach dem Inhalt des Hauptgesellschaftsvertrags, der gleichzeitig den Rahmen für die Rechte und Pflichten des Unterbeteiligten setzt.[136] Es wäre sinnlos,

---

134) ROHG 23,12o.

135) Pöllinger, a.a.O.,S.43;-Greifeld,a.a.O.,S.35; - Staudinger-Geiler, Anm. 77; - Janberg, a.a.O., S.79; - Wiedemann, a.a.O.,S.314; - Herzfeld,a.a.O., S. 3o5; - Thoma, a.a.O., S.217; - Felix,a.a.O., S.237, der sogar den Hauptbeteiligten als "geborenen Geschäftsführer" bezeichnet.

136) Peter,a.a.O., S. 276.

durch den Unterbeteiligungsvertrag dem Hauptbeteiligten Pflichten aufzubürden, die er wegen der Bestimmungen des Hauptgesellschaftsvertrags nicht erfüllen könnte. Die Bestimmungen des Hauptgesellschaftsvertrags bilden also einen wichtigen Bestandteil des Unterbeteiligungsvertrags.[137]

In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob der Hauptbeteiligte auch Geschäftsführer der Hauptgesellschaft ist oder nicht. Denn eine solche Stellung hat mit der Geschäftsführung in der Unterbeteiligungsgesellschaft nichts gemeinsam. Dabei spielt es keine Rolle, daß die Geschäftsführung innerhalb der Hauptgesellschaft auch der Unterbeteiligung zugute kommt. Unter Geschäftsführung der Untergesellschaft versteht man abstrakt die Gesamtheit der erforderlichen Maßnahmen zur Förderung des Gesellschaftszwecks, konkret aber die Verwaltung des Hauptanteils,[138] der das Gesellschaftsvermögen der Unterbeteiligung ausmacht und aus dem sich die Gewinnbeteiligungsmöglichkeiten des Unterbeteiligten ergeben. Daß eine solche Verwaltung und somit die Geschäftsführung der Untergesellschaft nur dem Hauptbeteiligten zustehen kann, ergibt sich aus der Tatsache, daß nur er Anteilseigner ist.

Diese der Natur des Rechtsverhältnisses entsprechende, aber wenig flexible Regelung, läßt sich durch Hinzufügen einer Klausel im Unterbeteiligungsvertrag mildern, durch die dem Unterbeteiligten ein gewisses Mit-

---

137) Böttcher-Zartmann,a.a.O., S.72-73; - Hesselmann, a.a.O., S.28; - Westermann, a.a.O., Ziff.942.

138) Vgl. auch Greifeld,a.a.O., S.35.

spracherecht eingeräumt wird.[139] So wird etwa vereinbart, daß der Hauptbeteiligte für die Ausübung seiner Rechte in der Hauptgesellschaft der Zustimmung des Unterbeteiligten bedarf, vor allem dann, wenn es sich um eine außerordentliche Maßnahme handelt. Geregelt werden kann auch, daß der Hauptbeteiligte bei der Wahl von Gesellschaftsorganen in der Hauptgesellschaft an die Weisungen des Unterbeteiligten gebunden ist.[14o]

a) Haftung des Hauptbeteiligten als Geschäftsführer der Untergesellschaft

In jedem Fall hat der Hauptbeteiligte als Geschäftsführer die Interessen seines Vertragspartners wahrzunehmen.[141] Er ist in der Verwaltung des Hauptanteils nicht so frei wie ein Gesellschafter, der keine Unterbeteiligung eingeräumt hat. Regelmäßig aber bedeutet die Mitwirkung bei der zweckmäßigen Verwaltung des Hauptanteils auch die geeignete Geschäftsführungsmaßnahme im Rahmen der Unterbeteiligung. Da auf die Unterbeteiligung die §§ 7o5 ff. BGB Anwendung finden, gilt für die Haftungsverhältnisse zwischen den Parteien auch die Regel des § 7o8 BGB. Der Hauptbeteiligte hat also nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten

---

139) In einer relativ neuen Entscheidung des BGH, BB 1961,583, in der die Probleme der Innengesellschaft getrennt erörtert werden, heißt es bezüglich der Geschäftsführung des Hauptbeteiligten: "Es steht bei der stillen Gesellschaft den Vertragschließenden grundsätzlich frei, in welcher Weise sie im Innenverhältnis ihre Rechtsbeziehungen regeln wollen. Sie können auch dem stillen Gesellschafter das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung ... einräumen und auferlegen."

14o) Hesselmann,a.a.O., S. 28.

141) RG in JW 19o6,4o1. Im Unterbeteiligungsvertrag heißt es: "Der Hauptbeteiligte hat der GmbH gegenüber die Vertretung des gemeinsamen Interesses zu übernehmen."

anzuwenden pflegt,[142] was der folgende Fall verdeutlicht:[143] Die in einem Konsortium zur Begebung von Obligationen einer Aktiengesellschaft stehende Bank (Klägerin) hatte der B an ihrem Anteil eine Unterbeteiligung zu Originalbedingungen eingeräumt. Dabei hatte der Gesellschafter A der Klägerin behauptet, daß der Kursrückgang der Aktien der AG nur vorübergehend sei, das Geschäft sich glatt abwickeln und "einen schönen Nutzen abwerfen" werde. Die Emission mißlang und die Klägerin forderte den vereinbarten Betrag. Die B beantragte die Abweisung der Klage mit der Begründung, daß A sie, die Beklagte, arglistig über die Finanzlage der AG getäuscht, jedenfalls aber bei Empfehlung der Unterkonsortialbeteiligung die Sorgfalt eines ordentlichen Bankiers außer acht gelassen habe. Nach Auffassung der RG war im vorliegenden Fall nicht ein Vertrag zu beurteilen, der Ratserteilung zum Inhalt gehabt habe, so daß eine Haftung des A gemäß § 676 BGB nicht in Betracht kam. Es handele sich vielmehr um einen Unterkonsortialvertrag und eine Gelegenheitsgesellschaft, auf die die §§ 7o5 ff. BGB Anwendung fänden. Die Bank habe für die Sorgfalt "quam in suis" einzustehen, die sie aber in diesem Fall nicht außer acht gelassen habe.[144]

---

142) Die Regel stammt aus dem römischen Recht (1.72 D XVII 2): "quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet". Sie wurde aus historischen Gründen in das BGB aufgenommen.(S.418 der Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs,bearb. von Achilles,Spahn,Gebhard, Bd.II,Berlin 1898)

143) RGZ 67,394 ff.

144) Vgl. auch RG in LZ 1915,1o11. Dort heißt es, daß der Hauptbeteiligte zur Ausbeutung seines Anteils mit dem Unterbeteiligten eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts - eine Innengesellschaft - abgeschlossen habe, kraft deren er ihm auf sorgfältige Ausübung seiner Rechte in der GmbH sowie auf Teilung der daraus fließenden Vermögensbezüge hafte (§§ 7o8,713 BGB).

Hat also der Hauptbeteiligte im Rahmen des § 708 BGB die Interessen des Unterbeteiligten nicht wahrgenommen oder unterläßt er schuldhaft, einen ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Anspruch auch im Interesse des Unterbeteiligten geltend zu machen, so muß er für den Schaden des Unterbeteiligten einstehen. Die Möglichkeit, von dem Hauptbeteiligten Schadensersatz zu verlangen, ist eines der wenigen Mittel, mit denen der Unterbeteiligte auf die Geschäftsführung seines Socius einwirken kann. Die entgegen der Vereinbarung getroffene Maßnahme des Hauptgesellschafters, bleibt jedoch im Außenverhältnis voll gültig.[145)] Dem Unterbeteiligten bleibt nur, den Hauptbeteiligten auf Schadensersatz zu verklagen, was bei Überschuldung wenig Erfolg verspricht, oder die Unterbeteiligung wegen eines wichtigen Grundes i.S. des § 723 Abs. 1 Satz2 BGB fristlos zu kündigen.

b) Haftung des Hauptbeteiligten für schädigendes Verhalten seiner Mitgesellschafter

Als nächstes fragt es sich, ob der Hauptbeteiligte für Verluste, die durch das Verhalten eines seiner Mitgesellschafter verursacht wurden, dem Unterbeteiligten einstehen muß. Sicher ist es selten, daß das schädigende Verhalten der übrigen Gesellschafter dem Hauptbeteiligten unbekannt bleibt, oder daß der Hauptbeteiligte am Schaden des Unterbeteiligten vollkommen unbeteiligt ist. Dennoch ist ein solcher Fall Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung gewesen:[146)] Die Klägerin war an einem Konsortium zur Begebung von Aktien beteiligt, dessen Konsortialleiter (die Bank Z) in den Syndikatsbestimmungen sich Freiheit von Rech-

---

145) So z.B. wenn der Hauptbeteiligte entgegen den Vereinbarungen für die Nichtausschüttung des Gewinns oder für die Bildung von stillen Reserven, an denen der Unterbeteiligte nicht teilnimmt, abstimmt.

146) RGZ 1,76 ff.

nungslegung und Auskunftserteilung über die Begebungsoperation ausbedungen hatte. Die Klägerin hatte an ihrem Anteil der Beklagten eine Unterbeteiligung von 5o % eingeräumt. Nach Ablauf der Emissionsfrist teilte die Bank Z der Klägerin mit, daß die Begebung der Aktien nicht voll gelungen sei und forderte sie zur Abnahme des auf ihre Beteiligung entfallenden Betrages unbegebener Aktien auf. Die Klägerin teilte dieses Ergebnis der Unterbeteiligten mit. Diese hielt sich aber zur entsprechenden Abnahme nicht für verpflichtet, da nach ihrer Auffassung die Bank Z ihre, der Klägerin gegenüber obliegenden vertraglichen Verpflichtungen verletzt habe, so daß von seiten der Klägerin eine Abnahmepflicht für die Aktien gegenüber der Konsortialleiterin nicht bestanden habe.[147)]

Das RG wirft die Frage auf, "ob der Hauptbeteiligte im Verhältnis zu seinem Unterbeteiligten Vertragsverletzungen seiner Mitgesellschafter schlechthin mit der Wirkung vertreten müsse, daß ihm sein Recht, das Gesellschaftsverhältnis wegen jener Verletzungen für hinfällig zu erachten, vom Unterbeteiligten entgegengehalten werden könnte, obwohl er selbst, weil er ohne sein Verschulden über jene Verletzung in Unkenntnis geblieben, außerstande gewesen war, jenes Recht geltend zu machen, und deshalb die bei der Auseinandersetzung auf ihn fallenden Pflichten erfüllt hatte."

---

147) Die Beklagte trug folgende Vertragsverletzungen seitens der Bank Z vor: 1. das Aktienkapital sei später in erheblich höherem Maße festgesetzt worden; 2. nicht alle Konsortialbeteiligten hätten in die Verlängerung des Konsortiums eingewilligt; 3. die Bank Z habe ein größeres Quantum Aktien als angegeben günstig verkauft. Die Beklagte erhielt sich für berechtigt, alle diese Tatsachen gegenüber der Klägerin geltend machen zu dürfen, weil auch der Unterbeteiligungsvertrag unter der Bedingung "gehöriger Erfüllung der Vertragspflicht seitens der Bank Z" gestanden habe.

Das RG war der Meinung, daß es in solchen Verträgen als Wille der Parteien anzusehen sei, daß der Hauptbeteiligte diejenigen Verpflichtungen, die er mit der schuldigen Sorgfalt erfüllt habe, auf seinen Unterbeteiligten nach dem Verhältnis der Beteiligung desselben im Wege des Rückgriffes abwälzen dürfe. Etwaige Vertragsverletzungen seitens der übrigen Hauptgesellschafter gäben dem Unterbeteiligten das Recht, von seinem Vertragspartner die Abtretung der ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Ansprüche zu verlangen.

Wenn also der Hauptbeteiligte im Rahmen des § 708 BGB seine Pflichten dem Unterbeteiligten gegenüber mit der erforderlichen Sorgfalt erfüllt hat, so steht es dem Unterbeteiligten nicht zu, sich auf etwaige Vertragsverletzungen durch die übrigen Hauptgesellschafter zu berufen und deshalb seine Beteiligung am Verlust der Gesellschaft zu verweigern.[148)]

§ 4 Kontroll- und Informationsrechte des Unterbeteiligten

Die Frage der Geschäftsführung bei der Unterbeteiligungsgesellschaft ist zwar in der Dogmatik von erheblicher Bedeutung, wird aber in der Praxis nur selten problematisch. Die Vertragschließenden sind sich meist darüber einig, daß der Unterbeteiligte sich den Geschäftsführungsmaßnahmen des Hauptbeteiligten unterwirft. Das bedeutet aber nicht, daß der Unterbeteiligte gegenüber dem Hauptbeteiligten schutzlos bleibt. Wirksamer als das in der Literatur erwähnte Mitgeschäftsführungsrecht[149)] ist das jedem Gesellschafter zustehende Informations- und Kontrollrecht, das im Falle der Unterbeteiligungsgesellschaft durch

---

148) Vgl. Staub-Pinner, Anhang zu § 342 HGB, Anm.5.

149) Siehe III. Hauptteil, § 3.

eine Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen seine endgültige Gestaltung gefunden hat. Über § 713 BGB bestimmen sich die Verpflichtungen des geschäftsführenden Gesellschafters nach den §§ 664-67o BGB. Damit kommt auch § 666 BGB zur Anwendung, der dem geschäftsführenden Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Beauftragten zur Auskunftserteilung verpflichtet.[15o]

Der Unterbeteiligte hat also gegenüber seinem Vertragspartner ein Informationsrecht. Dafür besteht auch ein berechtigtes Interesse, denn die Einlage des Unterbeteiligten fließt in ein fremdes Vermögen, nämlich in das Vermögen des Hauptgesellschafters bzw. der Hauptgesellschaft. Dadurch wird dem Unterbeteiligten jede Möglichkeit entzogen, durch direkte Einwirkung das weitere Schicksal seiner Einlage zu steuern und zu beeinflussen. Eine solche Gestaltung der Verhältnisse entspricht der Struktur der Innengesellschaft. Diese wird aber durch die Einräumung der Kontroll- und Informationsrechte zu einem wirtschaftlich lebensfähigen Organismus, der geeignet ist, den verschiedenen Interessen der Parteien gerecht zu werden. Allerdings war es früher bei den Konsortien üblich, daß der Konsortialleiter sich Freiheit von Rechnungslegung und Auskunftserteilung über die Begebungsoperation ausbedungen hat. Das ROHG[151] hatte die Frage zu entscheiden, ob eine solche Klausel gültig war und den Hauptbeteiligten (-konsortialen) von seiner Rechnungslegungspflicht dem Unterbeteiligten gegenüber befreite. Das

---

15o) Vgl. auch § 259 BGB

151) ROHG 22,381 ff.

Gericht führte dazu aus: "Hat sich der Konsortialleiter seinem unmittelbaren Teilnehmer gegenüber oder ein Vormann seinem Nachmann gegenüber Befreiung von der Rechnungslegungspflicht vorbedungen, so entbindet dies den Konsortialleiter nicht von der Aufstellung einer Abrechnung unter Angabe eines bestimmten Geschäftsergebnisses, und den Vormann nicht von der entsprechenden Mitteilung an den Nachmann, damit letzterer prüfen kann, ob sich auch nur nach diesen Angaben der erhobene Anspruch[152] rechtfertigt."[153]

Als gesetzliches Vorbild für die Regelung der Kontrollrechte des Unterbeteiligten bietet sich der § 338 HGB an. Diese Bestimmung gibt dem stillen Gesellschafter das Recht, von dem Geschäftsinhaber die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und deren Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. In § 338 Abs. 2 HGB heißt es allerdings, daß die dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte (§ 716 BGB) dem stillen Gesellschafter nicht zustehen. § 716 BGB will Klarheit darüber schaffen, daß der Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, Mitglied der Gesellschaft bleibt und als solches ein starkes Interesse an einem weitgehenden Einblick in die Interna der Gesellschaft hat. Die Regelung des § 716 BGB folgt zwangsläufig aus der Gesellschaftereigenschaft. Es wäre daher unzutreffend, die Geltung des § 716 BGB für die Unterbeteiligung auszuschließen, da dieses Rechtsverhältnis sämtliche Voraussetzungen für die Anwendung dieser Norm erfüllt: einmal ist die Unterbeteiligung selbst ein Gesellschaftsverhältnis, dann be-

152) Auf anteilsmäßige Abnahme der unbegebenen Aktien seitens des Unterbeteiligten.

153) ROHG 22,381,385.

steht eine alleinige Geschäftsführungsbefugnis des einen Gesellschafters, des Hauptbeteiligten, und schließlich haben die Unterbeteiligten ein berechtigtes Interesse, den weiteren Verlauf der gesellschaftlichen Entwicklung zu verfolgen. Gegen die entsprechende Anwendung des § 716 BGB bestehen m.E. keine Bedenken. Dieses Informationsrecht hat jedoch Grenzen. Dabei muß auf die eigentümliche Stellung des Unterbeteiligten hingewiesen werden. Die Gesellschaft, über deren Angelegenheiten sich der Unterbeteiligte unterrichten darf, ist nicht etwa die Hauptgesellschaft, zu der er in keiner Beziehung steht, sondern allein die Unterbeteiligungsgesellschaft. Der Unterbeteiligte darf also nicht die Vorlage von Bilanzen und Büchern der Hauptgesellschaft fordern, sondern er muß sich auf die Angelegenheiten der Gesellschaft, in der er Mitglied ist, beschränken. Er kann also von dem Hauptbeteiligten eine jährliche Bilanz über dessen Anteil ohne Hinzuziehung der Bilanzen der Hauptgesellschaft verlangen. Denn allein der Anteil des Hauptgesellschafters bildet das Vermögen der Unterbeteiligungsgesellschaft und nur über dieses Vermögen darf dem Unterbeteiligten Auskunft erteilt werden. Wird dem Unterbeteiligten Einsicht in die Geschäftsbücher und die Bilanzen der Hauptgesellschaft gestattet, dann verstößt dies gegen die Treue- und Verschwiegenheitspflicht, die der Hauptbeteiligte seinen Mitgesellschaftern schuldet. Die einfache Einräumung einer Unterbeteiligung würde genügen, um lebenswichtige interne Angelegenheiten der Hauptgesellschaft zu gefährden.

a) Stellungnahme der Rechtsprechung

Diese Problematik taucht schon in der Rechtsprechung des ROHG auf. In einem Fall ging es darum, ob und in welchem Umfang der Unterbeteiligte eines Gesellschafters einer OHG von diesem die Zustimmung zur Einsicht in die Bücher und Belege bzw. nur Mitteilung der Jah-

resbilanz der Gesellschaft verlangen konnte.[154] Das ROHG war der Meinung, daß diesem Anspruch des Unterbeteiligten die Bestimmung des Art. 98 Abs.2 AdHGB entgegenstehe. Im Falle einer Verpflichtung des beklagten Gesellschafters, den Inhalt der Bücher und Papiere der Gesellschaft dem Unterbeteiligten mitteilen zu müssen, läge darin nicht nur eine Umgehung des die OHG sichernden Art. 98 AdHGB, sondern gleichzeitig seitens des Beklagten eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht gegenüber seinen Mitgesellschaftern. Eine Verpflichtung des Hauptgesellschafters, dem Unterbeteiligten die detaillierte Bilanz der OHG vorzulegen, wurde aus denselben Gründen abgelehnt. Der Unterbeteiligte habe lediglich einen Anspruch auf die "Manifestierung der allgemeinen Resultate der Jahresbilanz" sowie auf Vorlage einer Rechnung über den Gewinnanteil seines Vertragspartners.

Zu diesem Ergebnis kommt auch eine Entscheidung des OLG Frankfurt.[155] Eine Firma (die Beklagte) hatte sich an der Gründung einer GmbH beteiligt und dem Kläger eine Unterbeteiligung an ihrem Anteil eingeräumt. Der Kläger verlangte von der Firma nicht nur die Vorlage der Bilanzen der GmbH, sondern auch die Vorlage von sämtlichen Geschäftsbuchungen und Geschäftspapieren der Hauptgesellschaft (GmbH) während der letzten 10 Jahre. Die Klage wurde abgewiesen. Das OLG führte dazu aus, daß hier eine schlichte Unterbeteiligung[156] vorliege, bei der die Rechte des Un-

---

154) ROHG 23,12o ff.

155) In: LZ 1929,794.

156) Eine Unterbeteiligung liegt nach Ansicht des OLG vor, wenn sich ein Gesellschafter einem Dritten gegenüber verpflichtet,ihm von den Früchten seiner Beteiligung (Zinsen und Gewinn) einen Teil zu überlassen, sei es,daß der Dritte ihm dafür eine feste Vergütung leistet, sei es, daß er sich verpflichtet, als Gegenleistung die Lasten der Beteiligung, besonders den Verlustanteil, mitzutragen.

terbeteiligten gegen den Hauptgesellschafter (Beklagten) sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, meist einer BGB-Gesellschaft, richteten und sich damit auf Angelegenheiten dieser Gesellschaft beschränkten. Das Gesellschaftsverhältnis werde nicht durch die sich aus dem Hauptgesellschaftsanteil ergebenden Mitgliedschaftsrechte, sondern ausschließlich durch die daraus erwachsenden Gewinnanteilsrechte bestimmt. Vorlage (§ 713 iVm § 259 BGB) oder Einsicht (§ 716 BGB) sonstiger Urkunden könne der Kläger nicht verlangen. Der Unterbeteiligte habe nur ein Recht auf Vorlage der allgemeinen Ergebnisse der Jahresbilanz und der Jahresabrechnung.

Bedenken begegnen der Auffassung des OLG soweit, als sich bei der Unterbeteiligung die Rechte des Unterbeteiligten gegen den Hauptgesellschafter nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, "regelmäßig einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts" richten sollen. Durch Verwendung des Ausdrucks "regelmäßig" deutet das OLG an, daß auch andere Arten von Unterbeteiligungen, die nicht in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen, denkbar seien. Es ist aber durchaus herrschende Lehre,[157] daß die Unterbeteiligung eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist, selbst wenn in Einzelfällen die Anwendung der Bestimmungen über die stille Gesellschaft geeigneter wäre.[158]

---

157) Vgl. BGHZ 5o,316 ff.; - RG in LZ 1915,1o11,siehe oben Fußn. 144; BFH in BB 1959,4o2; BFH,BStBl 1963, 211; Janberg, a.a.O.,S.77; Staudinger-Geiler,Anm. 74; v. Gierke, a.a.O., § 53,1; Weipert in RGR K Anm. 9 zu § 1o9 HGB; Groß, a,a.O., S.424; Koenigs, a.a.O., S.26; Paulick, a.a.O.,S.95; Hesselmann, a.a.O., S.26; Hecht, a.a.O., S.4; Pöllinger,a.a.O., S.14; Greifeld, a.a.O., S.15; Esch in NJW 1964, S. 9o3; Thoma, a.a.O., S.216; Westermann, a.a.O., Ziff. 939.

158) Vgl. dazu den ausführlichen Aufsatz von Esch, in: NJW 1964,9o2 ff.

Der BGH hatte Gelegenheit, in einer seiner jüngsten Entscheidungen unter anderem auch zum Umfang der Kontrollrechte des Unterbeteiligten bzw. der Verpflichtung des Hauptbeteiligten zur Rechnungslegung und zur Vorlage sonstiger Unterlagen der Hauptgesellschaft Stellung zu nehmen. Dabei ging es um folgendes:[159] Um die Gültigkeit eines Testaments zu sichern, hatte das Gericht die testamentarische Einsetzung der Erben als Kommanditisten gemäß § 14o BGB umgedeutet und diesen die Stellung von Unterbeteiligten zuerkannt.[16o] Danach war Streit über den Umfang der Kontrollrechte der Unterbeteiligten entstanden. Obwohl die Hauptbeteiligte den Unterbeteiligten regelmäßig Anteile des ihnen zugefallenen Gewinns ausgezahlt und die Jahresabrechnungen übersandt hatte, in denen jeweils die von ihr nach den Erbquoten errechneten Nettogewinnanteile und die ihnen ausgezahlten Beträge zusammengestellt waren, behauptete eine der Unterbeteiligten, sie hätte nur unzureichende Informationen erhalten. Sie verlangte Einblick in die Bilanzen der OHG, damit sie die Aufwendungen, Rückstellungen und Gewinnausschüttungen überprüfen, sowie feststellen könne, ob ihr Gewinne vorenthalten worden seien.

Ein so umfangreiches Kontrollrecht konnte der BGH nicht anerkennen. Er schloß sich der herrschenden Lehre an und führte aus, daß Gegenstand der Unterbeteiligungsgesellschaft der Gesellschaftsanteil des Hauptbeteiligten sei. Das Informationsrecht des Unterbeteiligten erstrecke sich daher nur auf Stand und Erträgnisse des Hauptgesellschafsanteils.[161] Da es für die Unterbeteiligung keine direkte gesetzliche Regelung ge-

---

159) BGHZ 5o, 316 ff.

16o) Siehe oben I. Hauptteil, § 1o.

161) BGH a.a.O., S.323.

be, hat der BGH § 338 Abs. 1 HGB analog angewandt und dem Unterbeteiligten ein Recht auf Vorlage einer jährlichen Bilanz über den Gesellschaftsanteil der Hauptbeteiligten, "aus der er insbesondere auch die auf diesen Anteil entfallenden Erträgnisse und deren Zusammensetzung, sowie die Entwicklung des Kapitalkontos und seines Anteils ersehen kann", zuerkannt. Ein weitergehender Rechnungslegungsanspruch aber stehe dem Unterbeteiligten nicht zu, da die Steuer- und Handelsbilanzen sowie die Gewinn- und Verlustrechnungen der OHG zu den inneren Angelegenheiten der Hauptgesellschaft gehörten, die vor dem Unterbeteiligten wie vor jedem anderen Dritten geheimzuhalten die OHG ein berechtigtes Interesse habe.

Mit dieser Entscheidung, die die neueste Auffassung des BGH darstellt, ist das Problem des Umfanges der Kontrollrechte des Unterbeteiligten genau abgegrenzt und m.E. auch gelöst. Ein Teil der Lehre hat dem Unterbeteiligten ein weitergehendes Informationsrecht zuerkannt. Grund für eine umfassendere Einräumung von Kontrollrechten war die eigentümliche Rechtsstellung des Unterbeteiligten, der sich regelmäßig sämtlichen Maßnahmen seines Partners unterwerfen muß und dem als einziger Schutz lediglich ein Schadensersatzanspruch verbleibt.

b) Stellungnahme in der Literatur

Die Literatur hat sich eingehend mit dem Problem der Kontroll- und Informationsrechte des Unterbeteiligten beschäftigt. Schon unter dem AdHGB haben die Autoren den Kern der Problematik richtig, wenn auch nicht so präzis wie heute, erfaßt. So führte z.B. Hahn aus:[162] "Um seine Rechte wahrnehmen zu können, kann der zugezogene Gesellschafter verlangen, daß der Hauptgesellschafter ihm die nötigen Mitteilungen über

162) Hahn, a.a.O., § 5 zu Art. 98 AdHGB.

seine Ansprüche an die Hauptgesellschaft macht, ohne daß er freilich fordern kann, daß der Hauptgesellschafter eingehende Mitteilungen über den Gesellschaftsbetrieb macht; was er nach dem Handelsgesellschaftsvertrag oder nach Handelsitte geheim halten muß z.B. die Bücher, die detaillierte Bilanz, braucht er nicht mitzuteilen." Auch im Staub'schen Kommentar hieß es: "Die Unterbeteiligung ... gewährt keinerlei Rechte gegen die Gesellschaft ... insbesondere nicht auf Rechnungslegung ... Die Rechenschaftspflicht (des Hauptbeteiligten) insbesondere findet ihre naturgemäße Grenze in der Verschwiegenheitspflicht, welche dem Socius gegenüber der OHG obliegt."[163)]

Nach der Einführung des BGB blieb der Stand der Lehre fast unverändert. Die Rechte des Unterbeteiligten beschränkten sich auf einen Offenlegungsanspruch der allgemeinen Ergebnisse der Jahresbilanz und der Jahresabrechnung.[164)] Dieser Meinung war auch Knoke:[165)] "Da der Untergesellschafter nicht Gesellschafter der übrigen wird, hat er insbesondere kein Recht auf Rechnungslegung und auf Einsicht in die Papiere der Gesellschaft." Eine abweichende Meinung vertrat allerdings Geiler.[166)] Er führte aus, daß der Unterbeteiligte die Vorlage von Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnungen der Hauptgesellschaft verlangen könne. Diese Meinung läßt sich nach der neuesten Rechtsprechung des BGH nicht mehr halten. Unzutreffend ist auch die Meinung Paulicks,[167)] daß der Unterbeteiligte in jedem Fall gegenüber dem Hauptbeteiligten ein Recht auf Unterrichtung und Einsichtnahme in die Geschäftsbücher habe. Der herrschenden Lehre schließt sich dage-

---

163) Staub, a.a.O., 3. u. 4. Aufl., § 5 zu Art.98 AdHGB.

164) Janberg, a.a.O., S. 79.

165) Knoke, a.a.O., S. 48o.

166) Staudinger-Geiler, Anm. 77 Anhang zu § 7o5 f. BGB.

167) Paulick, a.a.O., S. 95.

gen Merkel an:[168] "der Unterbeteiligte kann nicht etwa Vorlegung der Bilanz ... Rechnungslegung und sonstige Auskünfte über den Geschäftsbetrieb verlangen" - und weiter - "der Unterbeteiligte hat höchstens das Recht auf Aufschluß über das Ergebnis der Beteiligung des Personalgesellschafters." Dieselbe Meinung vertritt Westermann:[169] "Der Unterbeteiligte kann also grundsätzlich von dem Hauptgesellschafter weder Einsicht in die Bilanz der Hauptgesellschaft noch Mitteilung der Ergebnisse der Buchführung oder von Einzelheiten der Geschäftsfälle fordern. Der Unterbeteiligte kann aber in den Auszug der Hauptgesellschaft über die auf den Hauptgesellschafter entfallenden Gewinne oder Verluste Einblick nehmen."

Auch Esch vertritt in einem der jüngsten Beiträge zu diesem Thema[17o] die Auffassung, daß der Unterbeteiligte Kontroll- und Informationsrechte nur bezüglich derjenigen Gesellschaft geltend machen könne, der er angehöre. Er verneint die Anwendung des § 716 BGB und zieht die Regelgung des § 338 HGB als die bessere Lösung vor. Der Unterbeteiligte könne keinen Anspruch auf den Jahresabschluß der Hauptgesellschaft haben, vielmehr beschränkten sich seine Rechte auf Stand und Ergebnis des Hauptgesellschafsanteils, "der Gegenstand der Unterbeteiligungsgesellschaft ist." Dem folgt auch Schneider,[171] der ebenfalls den § 338 HGB heranzieht und dem Unterbeteiligten das Recht, von dem Hauptbeteiligten eine Bilanz über dessen Gesellschaftsanteil zu fordern, zugesteht.

---

168) Merkel in: BB 1963,457.

169) Westermann, a.a.O., Ziff. 966; vgl. auch Weipert im RGRK Anm. 9 zu § 1o9 HGB.

17o) NJW 1964,9o2 f.

171) Schneider, a.a.O., S. 21o.

c) Das Informationsrecht des Unterbeteiligten hinsichtlich wichtiger Vorgänge innerhalb der Hauptgesellschaft

Die Kontroll- und Informationsrechte des Unterbeteiligten machen also das zentrale Problem der Unterbeteiligung aus. Dennoch bedarf es auch einer Erörterung dieses Fragenkreises aus der Sicht des Hauptbeteiligten. Über die Problematik, wieweit der Hauptbeteiligte seinerseits verpflichtet ist, seinen Unterbeteiligten hinsichtlich aller wichtigen Vorgänge und Maßnahmen innerhalb der Hauptgesellschaft zu unterrichten, herrscht erheblicher Streit. Diese Fragen stellen sich nicht nur als eine Umkehrung der oben (unter b) behandelten Punkte dar, sondern weisen unter dem spezifischen Blickwinkel des Hauptbeteiligten eigene Aspekte auf. Die herrschende Lehre[172)] vertritt die Auffassung, daß der Unterbeteiligte ein eindeutiges Informationsbedürfnis hat. Diesem Bedürfnis muß der Hauptbeteiligte nachkommen, allerdings nur soweit er dadurch nicht die Treue-und Verschwiegenheitspflicht, die er der Hauptgesellschaft schuldet, verletzt. Dieser richtige theoretische Ansatz stößt aber m.E. auf erhebliche praktische Schwierigkeiten. Man muß stets bedenken, daß der Unterbeteiligte im Verhältnis zur Hauptgesellschaft Dritter ist, der nach herrschender Lehre nicht einmal dem Wettbewerbsverbot unterliegt.[173)] Entscheidet der Hauptbeteiligte allein, ob diese oder jene Maßnahme innerhalb der Hauptgesellschaft von erheblicher Bedeutung für die Unterbeteiligung ist und macht er

---

172) Janberg,a.a.O.,S.79; Herzfeld,a.a.O.,S.295; Staudinger, Anm. 77; Westermann, a.a.O.,Ziff.967; a.A. Esch,a.a.O., S.9o5, der sich zur Begründung seiner Meinung auf die kapitalistische Natur der Unterbeteiligung beruft.

173) Esch,a.a.O.; Greifeld, a.a.O.,S.48;Pöllinger,a.a.O., S.54.

danach dem Unterbeteiligten Mitteilungen, so läuft er Gefahr, von der Mehrheit seiner Mitgesellschafter, die eine solche Mitteilung nicht gebilligt hätten, zur Rechenschaft gezogen zu werden. Lediglich wenn sämtliche Hauptgesellschafter die Information des Unterbeteiligten gebilligt haben (oder mindestens die Mehrheit von ihnen), bestehen keine Schwierigkeiten. Das Problem lautet also, ob und wieweit der Hauptbeteiligte, unter Umgehung seiner Mitgesellschafter, dem Unterbeteiligten wesentliche Vorgänge der Hauptgesellschaft mitteilen darf, ohne dabei seine Verschwiegenheitspflicht der Hauptgesellschaft gegenüber zu verletzen. Meines Erachtens läßt sich diese Frage nicht durch Aufstellung allgemeiner Regeln, sondern nur von Fall zu Fall beantworten.
Die Treue- und Verschwiegenheitspflicht des Hauptgesellschafters ist kein starrer Maßstab, der bei allen Gesellschaftsverhältnissen gleich bleibt, sondern weist flexiblem Charakter auf. Was im einen Fall als unerlaubte Mitteilung anzusehen ist, kann im anderen ein durchaus erlaubtes Mittel sein, das die Interessen der Hauptgesellschaft überhaupt nicht gefährdet. Die Interessen der Hauptgesellschaft sind aber immer zu beachten. Die Pflichten des Hauptbeteiligten der Hauptgesellschaft gegenüber gehen den Pflichten dem Unterbeteiligten gegenüber vor.[174] Zutreffend hat dies Schneider formuliert:[175] "... denn der stille Gesellschafter, der sich an einem Anteil an einer Personalgesellschaft beteiligt, weiß, daß seine Rechte durch die dem Hauptgesellschafter gegenüber der Hauptgesellschaft obliegenden Pflichten be-

---

174) Schneider,a.a.O., S.12o; Janberg,a.a.O.,S.79; Pöllinger,a.a.O., S.32; a.A. Herzfeld,a.a.O., S.3o6: "Man kann auch nicht ... die Verschwiegenheitspflicht als rechtlich notwendige Schranke ansehen, da ja die Konkurrenz obligatorischer Verpflichtungen deren Wirksamkeit nicht beeinträchtigt."

175) Schneider, a.a.O.

schränkt sind und daß sein Hauptgesellschafter ihm gegenüber nur soweit verpflichtet sein kann, als dies seine Pflichten gegenüber der Hauptgesellschaft zulassen."

Neuerdings wird von Westermann die Meinung vertreten, daß das Interesse der Hauptgesellschaft nicht auf jeden Fall den Interessen des Unterbeteiligten vorgeht.[176)] Westermann erörtert die Frage im Rahmen der Interessenkollision, in der sich der geschäftsführende Hauptbeteiligte befindet. Er meint, daß - im Rahmen des Möglichen - der Hauptgesellschafter, "selbst wenn das gewisse Nachteile für die Hauptgesellschaft haben mag, sich für die Interessen der Unterbeteiligungsgesellschaft entscheiden" muß, "wenn das notwendig ist, um von dieser erhebliche Nachteile oder Gefahren abzuhalten." Meines Erachtens trifft die Meinung Westermanns nicht zu. Zwar bringt er einige Beispiele, in denen möglicherweise die Interessen der Unterbeteiligungsgesellschaft von denjenigen der Hauptgesellschaft verschieden sind, so daß der Hauptbeteiligte vor einer Konfliktsituation steht.[177)] Gegen die Meinung Westermanns spricht aber zunächst die Praxis. Aus der bisherigen Rechtsprechung ist kein Fall bekannt, in dem die Interessen des Unterbeteiligten den von der Hauptgesellschaft erstrebten Zielen zuwiderliefen. Westermann berücksichtigt dabei die Tatsache nicht ausreichend, daß die Unterbeteiligung

---

176) Westermann, a.a.O., Ziff. 959.

177) ders., a.a.O.: "Die Unterbeteiligungsgesellschaft ist für eine bestimmte Zeit geschlossen; in der Hauptgesellschaft ist über eine Maßnahme abzustimmen, die risikoreich ist, zunächst mit Sicherheit keinen, später aber vielleicht einen besonders hohen Gewinn bringt ... Das Opfer ist für die Hauptgesellschaft angesichts der auf die Dauer zu erwartenden Ergebnisse zu rechtfertigen, für die bald endende Unterbeteiligung nicht."

eine Beteiligung an einer schon existierenden Beteiligung ist. Dabei scheint auch ein gewisser Gegensatz zu der an anderer Stelle des Aufsatzes[178] vertretenen Meinung zu bestehen, wo ausgeführt wird: "Folglich bestimmt die Rechtslage der Hauptgesellschaft, insbesondere ihr Gesellschaftsvertrag, weitgehend das Unterbeteiligungsverhältnis. Das geschieht automatisch dadurch, daß die Beteiligung an der Hauptgesellschaft das Gesellschaftsvermögen der Unterbeteiligungsgesellschaft und ihre Nutzung Zweck dieser Gesellschaft ist. Die Rechtslage der Beteiligung ist damit, ohne daß die Gesellschafter der Unterbeteiligungsgesellschaft das ändern könnten, eine objektive Gegebenheit für die Unterbeteiligungsgesellschaft." Treffender könnten die Verhältnisse kaum geschildert werden. Diese "objektive Gegebenheit" muß die Untergesellschaft kraft der Akzessorietät ihrer Beteiligung an dem Hauptanteil demnach als primäre Voraussetzung in Kauf nehmen.

Es ist also an der oben vertretenen Meinung festzuhalten, daß die Belange der Hauptgesellschaft vorgehen. Der Hauptbeteiligte darf dem Unterbeteiligten über wesentliche Vorgänge in der Hauptgesellschaft nur insoweit Mitteilung machen, als dadurch die Interessen und der Bestand der Hauptgesellschaft nicht gefährdet werden. Macht der Hauptbeteiligte eine solche Mitteilung, so bedeutet das nicht, daß er den Interessen der Unterbeteiligung Vorrang einräumt, sondern nur, daß im konkreten Fall eine solche Mitteilung den Belangen der Hauptgesellschaft nicht zuwiderläuft.[179]

---

178) Westermann, a.a.O., Ziff. 942.

179) Nehmen wir als Beispiel eine Familien-OHG, bei der die drei beteiligten Brüder ihren Kindern Unterbeteiligungen eingeräumt haben. In solchen Fällen kann der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten Mitteilungen machen, die er einem dritten Unterbeteiligten nicht machen könnte, weil sie für den Betrieb lebenswichtig sind und außergewöhnlich große Risiken mit sich bringen.

§ 5 Gewinn- und Verlustbeteiligung

a) Die Gewinnbeteiligung des Unterbeteiligten

Den Kernpunkt jedes Unterbeteiligungsvertrages bilden die Bestimmungen, die Gewinn- und Verlustbeteiligung des Unterbeteiligten regeln. Die Beteiligung am Gewinn ist jenes Element des Unterbeteiligungsverhältnisses, das der Ratio der stillen Beteiligung als Rechtsinstitut entspricht. Diese Ratio besteht unter anderem[18o)] sowohl in dem Bedürfnis nach verdeckter Beteiligung, als auch darin, eine Beteiligung an unübertragbaren wirtschaftlichen Gütern zu ermöglichen. Die Unterbeteiligungsgesellschaft ermöglicht die Beteiligung an den Erträgen eines Gesellschaftsanteils, ohne gleichzeitig dem Unterbeteiligten die verantwortungsvolle Stellung eines Hauptgesellschafters aufzubürden. Einschränkend muß jedoch verdeutlicht werden, daß der Unterbeteiligte nicht am Gewinn der Hauptgesellschaft teilnimmt. Er steht in keinerlei Rechtsbeziehungen zur Hauptgesellschaft und hat gegen sie keine Ansprüche. Vielmehr nimmt er nur an dem Gewinn teil, der auf den Anteil des Hauptgesellschafters entfällt. Mit anderen Worten fließt der Gewinn, der dem Hauptgesellschafter zusteht, nicht in das Vermögen der Untergesellschaft, da ein solches gar nicht existiert, sondern steht zuerst dem Hauptbeteiligten allein zu, der kraft des Unterbeteiligungsvertrags verpflichtet ist, die vereinbarte Quote an seinen Unterbeteiligten abzuführen. Der Anspruch des Unterbeteiligten kann sich also nur gegen den Hauptbeteiligten richten, und nur dann, wenn diesem der Gewinn von der Hauptgesellschaft ausgeschüttet worden ist. Denn auch in diesem Fall bilden die Bestimmungen des Hauptgesellschaftsvertrags über die Verwendung des erzielten Gewinns einen Bestandteil des Unterbeteiligungsvertrags. Wird etwa der Gewinn nicht ausgeschüttet, sondern zur Bildung von stillen

---

18o) Siehe I. Hauptteil, § 1a-g.

Reserven verwendet, dann kann der Unterbeteiligte auch nicht vom Hauptbeteiligten die Auszahlung seiner Quote verlangen. Der Unterbeteiligte muß alle Entnahmebeschränkungen, denen sich der Hauptbeteiligte durch den Gesellschaftsvertrag unterworfen hat, gegen sich gelten lassen.

Da die Gewinnbeteiligung den Kern jeder Unterbeteiligung bildet, finden gerade diese Fragen im Gesellschaftsvertrag eine eingehende Regelung, so daß es hier kaum zu Streitigkeiten kommt. Das Verhältnis der Einlage des Unterbeteiligten zum Wert des Hauptanteils ergibt regelmäßig die Höhe der Beteiligung des Unterbeteiligten am Gewinn. Wenn etwa die Einlage des Unterbeteiligten 40 % der Einlage des Hauptbeteiligten beträgt, dann ist der Unterbeteiligte mit demselben Prozentsatz auch am Gewinn der Untergesellschaft beteiligt. Möglich ist allerdings, daß dem Unterbeteiligten ein höherer Prozentsatz am Gewinn eingeräumt wird, wie z.B. 42 %. Eine solche Vereinbarung läßt sich daraus erklären, daß der Unterbeteiligte auf den Geschäftserfolg der Hauptgesellschaft keinen Einfluß hat. Daher ist sein Risiko in dieser Hinsicht größer als das Risiko des Hauptgesellschafters, der durch die entsprechenden Maßnahmen innerhalb der Hauptgesellschaft deren Gewinnchancen unter einer gewissen Kontrolle halten kann.

Interessant ist die Gewinnbeteiligung des Unterbeteiligten bei den bereits mehrfach behandelten Unterkonsortialbeteiligungen. Als Ausgangspunkt gilt der von dem Konsortium angegebene Übernahmekurs. Gelingt es dem Hauptkonsortium die übernommenen Aktien bzw. Obligationen erfolgreich zu plazieren, so bildet der Unterschiedsbetrag zwischen dem Begebungspreis und dem Übernahmekurs den Gewinn des Konsortiums. Der Unterkonsortiale hat also "die Maßnahmen der Leitung des Konsortiums zur Begebung der Aktien abzuwarten und nur darauf einen Anspruch, daß ihm der auf seinen Anteil

fallende Gewinn bei der Begebung der Aktien ausgefolgt wird. Andererseits muß er darauf gefaßt sein, daß er, soweit dem Konsortium die Begebung nicht gelingt, einen entsprechenden Anteil der Aktien zurückerhält."[181)]

Zwar pflegen die Vertragschließenden die Ansprüche auf den Gewinn im Vertrag eingehend zu normieren,[182)] doch wird in der Literatur die Frage erörtert, welche Bestimmungen gelten sollen, falls der Unterbeteiligungsvertrag über die Gewinnbeteiligung des Unterbeteiligten keine Regelung enthält.[183)] Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung die Vertragslücke durch entsprechende Anwendung des § 722 BGB ausgefüllt werden soll,[184)] d.h. der Gewinn soll ohne Rücksicht auf die Art und Größe des Beitrags eines jeden Gesellschafters nach Köpfen verteilt werden. Gegen diese Auffassung wendet sich vor allem Pöllinger. Er meint, daß die Bestimmung des § 722 BGB die übliche Form der bürger-

---

181) RG in LZ 191o Sp.768.

182) Aus dem Sachverhalt des BFH-Urteils vom 3.12.58 DB 59,751 §1. Die Kapitalbeteiligung von A an der Firma beträgt 259.000 RM. Daran werden die vier Kinder mit den näher bezeichneten Beiträgen unterbeteiligt.
§ 2. Die Beteiligungskonten erhalten vorweg eine 6 %ige Kapitaldividende. Von dem verbleibenden Gewinn erhält der Hauptbeteiligte 60 % und jeder Unterbeteiligte 10 % ...
§ 3. ... A schenkt jedem Kind eine Unterbeteiligung von je 10.000 RM. Er schuldet außerdem seinen vier Kindern noch erhaltene Darlehen in verschiedener Höhe. Zur Abgeltung dieser Darlehen wird in gleicher Höhe ein Unterbeteiligungsbetrag zur Verfügung gestellt.

183) Die obigen Ausführungen haben nur theoretischen Wert, da mir in der bisherigen Rechtsprechung über die Unterbeteiligung kein Fall bekanntgeworden ist, in dem ein so wichtiger Punkt wie die Gewinnbeteiligung nicht eingehend geregelt wurde.

184) Greifeld, a.a.O., S.55; siehe auch Art. 268 AdHGB.

lich-rechtlichen Gesellschaft regele, deren Hauptmerkmal die homogene Zusammensetzung sei. Bei der Unterbeteiligung dagegen entfalle dieses Merkmal der Homogenität. Auf der einen Seite stehe der Hauptgesellschafter, der als Mitglied der Hauptgesellschaft nach außen hin hervortritt und nicht nur mit seiner Einlage, sondern regelmäßig mit seinem ganzen Vermögen hafte, auf der anderen Seite der Unterbeteiligte mit einem vorwiegend rein kapitalistischen Interesse, der nicht mehr als eine Geldsumme geleistet hat und dessen Haftung sich in den meisten Fällen auf diese Einlage beschränke. "Für die gesetzlich normierten Gesellschaften, bei denen eine solche Gleichheit der Gesellschafterstellung fehlt, so für die Kommanditgesellschaft und insbesondere die stille Gesellschaft, bestimmen die gesetzlichen Vorschriften des § 168 Abs. 2 bzw. § 336 HGB, daß im Falle des Mangels einer Vereinbarung ... ein den Umständen nach angemessener Anteil als ausbedungen gilt."[185]
Wenn Greifeld meint, daß Pöllinger den Sinn vor allem des § 336 I HGB verkenne, so kann dem nicht zugestimmt werden. Nach Greifeld stehen der Hauptbeteiligte und der Unterbeteiligte völlig gleichberechtigt nebeneinander.[186] Damit werden m.E. sowohl der Sinn jener gesetzlichen Bestimmungen als auch die tatsächlichen Verhältnisse innerhalb der Unterbeteiligungsgesellschaft falsch verstanden. Daß die Vertragspartner ihre Beziehungen so gestalten können, daß sie im Innenverhältnis gleichberechtigt sind, begegnet allerdings keinen Bedenken. Um die gleichberechtigte Stellung beider Teile annehmen zu können, wäre jedoch eine ausdrückliche Vereinbarung notwendig, da sich aus dem Wesen der stillen Beteiligung eine gleiche Rechtstellung nicht ergibt. Das erkennt auch Greifeld für den Fall der stillen Gesellschaft des HGB, nicht jedoch für die

185) Pöllinger, a.a.O., S. 49.

186) Greifeld, a.a.O., S. 56.

Unterbeteiligung an. Zwischen der stillen Gesellschaft aber und der Unterbeteiligung besteht kein so erheblicher Unterschied, um eine unterschiedliche Behandlung der beiden Rechtsinstitute zu rechtfertigen.[187] Vielmehr fallen beide unter den Oberbegriff der stillen Beteiligung, die ihre einzige gesetzliche Regelung in den §§ 335 ff. HGB gefunden hat. Demnach sind diese Bestimmungen auch auf das Institut der Unterbeteiligung anwendbar, soweit sie nicht durch die Vertragsbestimmungen ergänzt werden.

Es soll daher der Meinung Pöllingers gefolgt werden. Ist also der Anteil des Unterbeteiligten am Gewinn nicht bestimmt, so gilt ein den Umständen nach angemessener Anteil als ausbedungen (§ 336 Abs. 1 HGB). Aus den Umständen wird sich ergeben, ob der Anteil des Unterbeteiligten gleich groß, größer oder aber kleiner als derjenige des Hauptbeteiligten sein soll. Ist der Unterbeteiligte der eigentliche Kapitalgeber und der Hauptbeteiligte nur dessen Beauftragter als vorgeschobene Person in der Hauptgesellschaft, so wird es "den Umständen nach angemessen sein", dem Unterbeteiligten den größten Teil des Gewinns zuzusprechen. Hat dagegen der Unterbeteiligte lediglich zum Erwerb des Hauptanteils beigetragen, oder beteiligt er sich später an einem schon vorhandenen Anteil, so ergibt sich die Höhe seines Gewinnanspruchs aus dem Verhältnis zwischen dem Nominalbetrag seiner Einlage und dem Wert des Hauptanteils. Das kann zu einem 50 % zu 50 %-Verhältnis und dadurch zur Anwendung des im § 722 BGB enthaltenen Grundsatzes einer Pro-Kopf-Verteilung führen. Diese Auffassung, die im § 336 Abs. 1 HGB ihren Ausdruck gefunden hat, ist m.E. vorzuziehen, da es sonst zu unbilligen Ergebnissen kommt. Hat ein OHG-Gesellschafter etwa seinem Sohn zwecks Einarbeitung in den Betrieb der OHG eine Unterbeteiligung eingeräumt,

---

187) Siehe oben II. Hauptteil, § 1A.

deren Wert 12 % des Wertes des Anteils des Hauptbeteiligten ausmacht,[188] so wäre es unbillig, wenn nicht gar widersinnig, dem Unterbeteiligten einen Anspruch auf 50 % des auf den Hauptanteil entfallenden Gewinns zuzusprechen.In diesem Fall muß sich der Unterbeteiligte mit 12 % des auf den Anteil des Hauptbeteiligten entfallenden Gewinns begnügen. In Ermangelung einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung der Gewinnverteilung bietet § 336 Abs. 1 HGB also eine sachgerechte Lösung. Der auszuschüttende Gewinn wird grundsätzlich nicht nach Kopfteilen, sondern den Umständen nach angemessen verteilt, was allerdings zu einer Verteilung nach Kopfteilen führen kann, wenn nach den jeweiligen Verhältnissen eine solche Verteilung erforderlich erscheint.

Kommt es aufgrund des Gesellschaftsvertrags der Hauptgesellschaft oder aufgrund eines Beschlusses der Hauptgesellschafter nicht zu einer Ausschüttung des erzielten Gewinns, so wird dieser regelmäßig auf einem Verrechnungskonto gutgeschrieben oder zur Bildung von stillen Reserven verwendet.[189] In beiden Fällen steht dem Unterbeteiligten eine gewöhnliche Buchforderung zu, vorausgesetzt, daß er im zweiten Fall kraft des Unterbeteiligungsvertrags auch an den stillen Reserven des Unternehmens beteiligt sein soll. Das bedeutet, daß der Unterbeteiligte keine Auszahlung des ihm zustehenden Gewinnanteils verlangen kann, soweit der

---

188) Durch ein Versehen wurde über die Gewinnbeteiligung des Unterbeteiligten keine Vereinbarung getroffen.

189) An dem von der Hauptgesellschaft auf dem Verrechnungskonto belassenen Gewinnanteil des Hauptgesellschafters ist der Unterbeteiligte im gleichen Verhältnis, wie an dem ausgeschütteten Gewinn beteiligt. An den der Sonderrücklage zugeführten Gewinnbeträgen hat er jedoch keinen Anteil, soweit eine typische Form der Unterbeteiligung vorliegt.In jedem Fall vermehrt der nicht aufgehobene Gewinn nicht die Einlage des Unterbeteiligten, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist (analog zu § 337 Abs. 3 HGB).

Hauptgesellschaftsvertrag eine andere Verwendung als dessen Ausschüttung vorsieht.[190] Die Weiterleitung des Gewinns an den Unterbeteiligten ist vom steuerrechtlichen Standpunkt aus wichtig, weil sie für die Ernsthaftigkeit der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen spricht. Wird der Gewinn nicht ordnungsgemäß an den Unterbeteiligten ausgezahlt, und ist er an die Verfügungsgewalt des Hauptbeteiligten gebunden, so wird vom BFH ein solcher Unterbeteiligungsvertrag zwischen nahen Angehörigen steuerrechtlich nicht anerkannt.[191]

b) Die Verlustbeteiligung des Unterbeteiligten

Wie bereits erwähnt, ist eine eventuelle Verlustbeteiligung des Unterbeteiligten ein Anzeichen dafür, daß ein Unterbeteiligungsverhältnis und nicht etwa eine ähnliche Rechtsform, etwa ein partiarisches Darlehen vorliegt.[192] Eine Verlustbeteiligung des Unterbeteiligten ist aber nicht immer gegeben. Das hängt mit dem kapitalistischen Charakter der Unterbeteiligung zusammen. Der Kapitalgeber will nämlich an einer gewinnbringenden Beteiligung, die ihm höhere Ausschüttung als ein Darlehen verspricht, partizipieren, keineswegs stets aber auch an etwaigen Verlusten, die seine Einlage aufzehren könnten. Dieses Bedürfnis hat seinen Ausdruck in § 336 Abs. 2 HGB gefunden, wo die Möglichkeit des Ausschlusses einer Verlustbetei-

---

190) Siehe auch § 337 Abs. 2 Halbs. 2 und 3 HGB.

191) BFH,DB 1959,S.752: "ein Unterbeteiligungsvertrag kann nicht anerkannt werden, wenn die Stellung des Unterbeteiligten rechtlich und wirtschaftlich derart eingeschränkt ist, daß sich an der Verfügungsgewalt des Hauptbeteiligten über seinen Anteil und über dessen Erträge kaum etwas ändert, vielmehr alles beim alten bleibt." - Vgl. auch Bopp, a.a.O., S.72 f.

192) Siehe II. Hauptteil, § 4.

ligung des Stillen anerkannt wird.[193]

Wenn im Unterbeteiligungsvertrag nur die Gewinn-, nicht aber die Verlustbeteiligungsquote des Unterbeteiligten bestimmt ist, obwohl die Parteien darüber einig sind, daß der Unterbeteiligte auch am Verlust teilnehmen soll, dann gilt die Auslegungsregel des § 722 Abs. 2 BGB, wonach die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust gilt. Nimmt also der Unterbeteiligte mit 20 % am Gewinn des Hauptgesellschafters teil, so muß er auch 20 % Verlustanteil tragen. Eine solche Verlustbeteiligung ist aber ausschließlich eine interne Angelegenheit der Innengesellschaft; die Verpflichtung des Unterbeteiligten gilt nur dem Hauptbeteiligten gegenüber. Hauptgesellschaft oder Dritte haben keinen Anspruch gegen den Unterbeteiligten. Die Gestaltung der Verlustbeteiligung steht den Parteien frei: Es kann vereinbart werden, daß am Ende des Unterbeteiligungsverhältnisses der Unterbeteiligte seine Einlage zurückerhält, was dem Ausschluß jeder Verlustbeteiligung gleichkommt. Es kann aber auch vereinbart werden, daß der Unterbeteiligte intern einen Anteil des Verlustes mitträgt, allerdings nur bis zur Höhe seiner Einlage. Sein einziges Risiko ist in diesem Fall die totale Aufzehrung seiner Einlage, so daß er nach Auflösung der Unterbeteiligung keinen Anspruch auf Rückzahlung hat. Schließlich kann auch vereinbart werden, daß der Unterbeteiligte intern den ganzen Verlust, der auf den Hauptanteil fällt, allein zu tragen hat. Eine solche Ver-

---

193) Somit ergibt sich, daß die Verlustbeteiligung des Unterbeteiligten kein begriffswesentliches Merkmal des Unterbeteiligungsverhältnisses ist. Vgl. Herzfeld, a.a.O., S.3o3. Unzutreffend ist also die Meinung von Reis, a.a.O., S. 10, daß die Teilnahme am Verlust unter keinen Umständen ausgeschlossen werden kann, da eine solche Vereinbarung dem Zwecke der Unterbeteiligung widersprechen würde.

einbarung wäre dann am Platz, wenn der Unterbeteiligte der eigentliche Kapitalgeber ist, während der Hauptbeteiligte nur die Stellung einer vorgeschobenen Person hat.

Der Unterbeteiligte ist, solange der Unterbeteiligungsvertrag nicht etwas anderes vorsieht, nicht verpflichtet, seine durch Verlustbeteiligung verminderte Einlage zu ergänzen (§ 7o7 BGB). Steht aber im Hauptgesellschaftsvertrag, daß Gewinnausschüttungen an den Hauptgesellschafter zwecks Auffüllung seines festen Einlagekontos zu unterbleiben haben und enthält auch der Unterbeteiligungsvertrag eine ähnliche Klausel, dann kann auch der Unterbeteiligte keine Auszahlung verlangen. So erfolgt die Auffüllung der Hauptbeteiligung auch auf die anteilsmäßigen Kosten des Unterbeteiligten.

c) Beteiligung des Unterbeteiligten an anderen Vermögensvorteilen aus der Hauptbeteiligung

Schließlich taucht noch die Frage auf, ob und inwieweit der Unterbeteiligte nicht nur am Gewinn des Hauptgesellschafters teilnimmt, sondern auch an anderen Vorteilen, die diesem eventuell zustehen. Es wird die Auffassung vertreten, daß der Unterbeteiligte nicht nur am Gewinn und Verlust, sondern auch an allen Vorteilen, die aus der Hauptbeteiligung fließen, beteiligt sei.[194] In Betracht kommen z.B. die Vorteile der Verwertung eines Bezugsrechts bzw. eines Optionsrechts. Das RG hat diese Frage bejaht:[195] Eine Bank (die Beklagte) zeichnete von einer AG 815.000 Thl. Aktien und beteiligte an dem Geschäft Mitglieder ihres Verwaltungsrats, von denen der A 20.000 Thl. Aktien zeichnete. In der Satzung der AG wurde für den Fall einer Verwertung des Aktienkapitals den ersten Zeichnern der Aktien das Bezugsrecht der Hälfte der Aktien al pari vorbehalten. Zur Ablösung des Bezugsrechts

---

194) Staudinger-Geiler, Anhang zu § 7o5 f.,Anm.78; Herzfeld, a.a.O., S.3o3.

195) Bolze 19 Nr. 611.

hat die Beklagte für die von ihr gezeichneten Aktien von der AG vergleichsweise 110.000 RM erhalten. Der Rechtsnachfolger des Unterbeteiligten A klagte gegen die Bank auf "Zahlung von 2699 M 98 Pf als dem auf 20.000 Thl. entfallenden Anteil an der Vergleichssumme." Das RG hat der Klage mit folgender Begründung stattgegeben: "... Da der Vertrag über dessen (des A) Unterbeteiligung ohne jeden Vorbehalt geschlossen war, so folgt aus deren Begriff (der Unterbeteiligung), daß der Unterbeteiligte an allen Rechten mitbeteiligt sein sollte, welche der Erstbeteiligte durch seine Beteiligung der zu gründenden Gesellschaft gegenüber erwerben würde ..."

Dieser Ansicht des RG ist zuzustimmen. Dabei ist allerdings zu beachten, daß sich die Frage nur dann stellt, wenn der Unterbeteiligungsvertrag keine Bestimmungen über eine solche Beteiligung enthält. Grundsätzlich ist es den Parteien freigestellt, ihre vermögensrechtlichen Angelegenheiten nach Belieben zu regeln und dementsprechend dem Unterbeteiligten ein Recht an den sich aus der Hauptgesellschaft ergebenden Vorteilen einzuräumen. Schweigt der Vertrag darüber, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Unterbeteiligte auch an allen Rechten, die dem Hauptbeteiligten in seiner Eigenschaft als Anteilseigner zustehen, teilnimmt. Diese Auffassung entspricht dem wirtschaftlichen Zweck der Unterbeteiligung. Denn durch den Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrags versucht der Unterbeteiligte jenes Ziel zu erreichen, welches ihm sowohl durch das Gesetz (§ 717 BGB) als auch durch den Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft versperrt wird, nämlich zu der wirtschaftlichen Stellung eines Gesellschafters, einer sozusagen ersatzgesellschaftlichen Beteiligung zu kommen. Um diese Ersatzstellung zu erreichen, schließt er mit

einem Hauptgesellschafter einen Vertrag, dessen Inhalt die Gewährung jener Rechte bildet, die auch dem Hauptbeteiligten zustehen, soweit das Gesetz oder der Vertrag der Hauptgesellschaft nicht entgegenstehen. Das ist der eigentliche Sinn des Unterbeteiligungsvertrags und in dieser Richtung muß er ausgelegt werden, falls keine andere Regelung vorliegt. In der Regel umfaßt die Unterbeteiligung also die Vermögensrechte, die dem Hauptbeteiligten zustehen, in ihrer Gesamtheit.[196)]

§ 6 Abtretung der Rechte aus dem Unterbeteiligungsverhältnis

Da die Unterbeteiligung ein Gesellschaftsverhältnis ist, gilt für die aus ihr entspringenden höchstpersönlichen Ansprüche die Verbotsnorm des § 717 BGB. Der Gedanke des gegenseitigen Vertrauens verbietet es, daß ein Gesellschafter ohne die Zustimmung der anderen Gesellschafter seine gesellschaftliche Beteiligung an einen Dritten abtritt. Hier geht es nicht darum, ob der Hauptbeteiligte übertragbare Ansprüche (Vgl. § 717 Satz 2 BGB) an den Unterbeteiligten abtreten darf, was im übrigen nicht bezweifelt wird, sondern darum, ob jeder der Gesellschafter des Unterbeteiligungsverhältnisses seine Beteiligung an einen Dritten ohne Zustimmung des anderen Teils abtreten darf. Damit in Zusammenhang steht das Problem des Schutzes des Unterbeteiligten gegen eine Ver-

196) a.A. Westermann,a.a.O.,Ziff.964. Er meint, daß der Unterbeteiligte im Zweifel an anderen Rechten des Hauptgesellschafters aufgrund dessen Beteiligung keinen Anteil hat. Er gesteht jedoch zu, "daß die Art des Rechts und die Umstände ... der Unterbeteiligungsgesellschaft im Einzelfall zu einer anderen Auslegung des Vertrags führen" können.

schleuderung des Hauptgesellschaftsanteils seitens des Hauptbeteiligten.

Das Veräußerungsverbot des § 717 BGB ist kein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 BGB, so daß eine entgegen § 717 BGB vorgenommene Veräußerung nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam ist, bis die übrigen Gesellschafter die Veräußerung gemäß § 185 BGB genehmigen.[197] Verweigern die übrigen Gesellschafter die Genehmigung zu dem Rechtsgeschäft, so ist die Verfügung rechtsunwirksam. Die Bestimmung des § 717 BGB gilt für jede Gesellschaft, soweit es sich um eine Personalgesellschaft handelt, also auch für die Unterbeteiligung. Tritt der Unterbeteiligte seinen Anteil, d.h. die Rechtstellung aus dem Unterbeteiligungsverhältnis, an einen Dritten ab, so ist der Personenwechsel in der Untergesellschaft damit noch nicht vollzogen. Der Hauptbeteiligte braucht eine solche Abtretung nicht gegen sich gelten zu lassen, soweit sie ohne seine Zustimmung erfolgt ist. Vielmehr bleibt der Unterbeteiligte Gesellschafter der Untergesellschaft mit all den aus dieser Stellung resultierenden Vor- und Nachteilen. Denn der Hauptbeteiligte hat ein erhebliches Interesse daran, zu wissen, wer sein Vertragspartner ist. Der Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrags kann die Beschaffung des notwendigen Kapitals für die Aufbringung der Einlage des Hauptbeteiligten in die Hauptgesellschaft zum Ziel haben. Wenn aber der finanzstarke Unterbeteiligte ohne Zustimmung des Hauptbeteiligten seine Beteiligung an einen zahlungsschwachen Dritten vor der Leistung der versprochenen Summe abtreten dürfte, dann wäre die Stellung des Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft gefährdet und damit auch die Unterbeteiligungsgesellschaft selbst. Eine solche Übertragung der Beteiligung kann also der Hauptbeteiligte

---

197) Vgl. Soergel-Siebert, Anm. 1 zu § 717 BGB.

durch Verweigerung der nach § 185 BGB erforderlichen Zustimmung verhindern.

Es fragt sich, ob § 717 BGB auch für die Übertragung der Rechte des Hauptbeteiligten Anwendung findet. Hier muß darauf hingewiesen werden, daß der Hauptbeteiligte hinsichtlich der Abtretung seiner Rechte i.S. des § 717 BGB in doppelter Hinsicht gebunden ist. Einmal darf er als Mitglied der Hauptgesellschaft seinen Anteil ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter nicht abtreten. Auf der anderen Seite ist er dem Unterbeteiligten gegenüber zur Aufrechthaltung seines Hauptanteils, der das Vermögen der Unterbeteiligungsgesellschaft ausmacht, verpflichtet. Damit entstehen zwei Pflichtenkreise, in denen sich der Hauptbeteiligte als Zentralfigur befindet. Diese beiden Kreise haben zwar gemeinsame Berührungspunkte, decken sich aber keinesfalls. Angenommen, im ersten Kreis, d.h. im Kreis der Hauptgesellschaft, gestattet entweder der Gesellschaftsvertrag dem Gesellschafter die Übertragung der gesellschaftlichen Beteiligung an einen Dritten, oder die übrigen Gesellschafter stimmen einer solchen Übertragung zu,[198] so scheidet der Übertragende aus der Gesellschaft aus, und der Neuerwerber, der von der am Anteil des alten Gesellschafters existierenden Unterbeteiligung keine Kenntnis hat, tritt an dessen Stelle. Kann sich der Unterbeteiligte in einem solchen Fall auf die Bestimmung des § 717 BGB berufen und die Übertragung der Mitgliedschaft gegen sich als ungültig betrachten, oder muß er sich der Maßnahme des Hauptbeteiligten unterwerfen und sich mit einem bloßen Schadensersatzanspruch begnügen? Wenn die Hauptgesellschaft dem Hauptbeteiligten die Übertragung des Anteils gestattet, müssen dann bei Durchführung dieser Übertragung die Rechte des Unterbeteiligten berücksichtigt werden oder nicht?

---

198) Hier wird nur der Fall der Abtretung des ganzen Anteils erörtert. Im Falle einer Übertragung eines Teils des Anteils, werden die erwähnten Grundsätze entsprechend angewandt.

In der Literatur wird die Meinung vertreten, daß eine solche Veräußerung seitens des Hauptbeteiligten nach außen rechtswirksam sei.[199] Der Unterbeteiligte sei gegen eine solche Verfügung seitens des Hauptbeteiligten nicht geschützt, sondern auf einen Schadensersatzanspruch angewiesen. Eine nähere Begründung dieser an sich richtigen Auffassung fehlt jedoch. Meines Erachtens ist folgendes zu beachten: die Bestimmungen des Hauptgesellschaftsvertrags bilden einen wesentlichen Bestandteil des Unterbeteiligungsverhältnisses und gleichzeitig die Schranke, innerhalb derer der Unterbeteiligte Rechte geltend machen kann. Wenn also der Hauptgesellschaftsvertrag die Veräußerung des Anteils erlaubt, kann sich der Unterbeteiligte nicht auf § 717 BGB berufen und dadurch die wirksam erfolgte Übertragung der Mitgliedschaft sperren. Das wäre auch vom wirtschaftlichen Standpunkt nicht zu vertreten. Denn im Handelsverkehr stellt die Unterbeteiligung einen Nebenorganismus dar, dessen Existenz mit der Hauptgesellschaft rechtlich und wirtschaftlich steht und fällt. Nur die Hauptgesellschaft nimmt am wirtschaftlichen Verkehr mit den daraus folgenden Rechten und Pflichten, Vorteilen und Nachteilen direkt teil. Sie ist strengen gesetzlichen Bestimmungen (z.B. steuerlichen, öffentlichen usw.) unterworfen und haftet Dritten gegenüber unbeschränkt. Die Unterbeteiligungsgesellschaft dagegen übt selbst keine aktive wirtschaftliche Tätigkeit aus, sondern ist eine Ergebnisbeteiligung an der von einem anderen Organismus durchgeführten Betätigung. Sie steht zu diesem Organismus im Verhältnis eines wirtschaftlichen accessorii. Aus dieser wirtschaftlichen Akzessorietät ergibt sich auch die juristische, kraft deren juristi-

---

199) Otto, a.a.O., S.212; Böttcher-Zartmann, a.a.O., S.92; Pöllinger, a.a.O., S.56; Greifeld, a.a.O., S.61.

sche Vorgänge innerhalb der Hauptgesellschaft auch für die Untergesellschaft maßgebend sind.

Aus den obigen Ausführungen folgt, daß der Unterbeteiligte gegen die Abtretung des Hauptgesellschaftsanteils nicht geschützt ist. Die freie Verfügung über den Hauptanteil seitens des Hauptbeteiligten kann auch vertraglich vereinbart werden. In diesem Fall würde die entsprechende Klausel im Unterbeteiligungsvertrag etwa lauten: "Die Unterbeteiligung endet, falls der Hauptgesellschafter seine Beteiligung an der Hauptgesellschaft veräußert, wozu er keiner Zustimmung des Unterbeteiligten bedarf."[2oo] Um dem Unterbeteiligten einen gewissen Schutz gegen die Verschleuderung des Hauptanteils seitens des Hauptbeteiligten zu gewähren, nehmen die Parteien in den Unterbeteiligungsvertrag im allgemeinen entsprechende Bestimmungen auf. Es wird z.B. vereinbart, daß der Hauptbeteiligte verpflichtet ist, auf den Eintritt seines Nachfolgers in die Unterbeteiligungsgesellschaft hinzuwirken. Da die Unterbeteiligung aber keine dingliche Wirkung hat, kann der Unterbeteiligte mit seinem Anspruch ausfallen, wenn sein Vertragspartner sich nicht an die Vereinbarung hält.[2o1] Es kann weiter vereinbart werden, daß im Falle einer Veräußerung des Hauptanteils, der Unterbeteiligte die Übertragung auf sich selbst verlangen kann.[2o2] Schließlich können die Parteien vereinbaren, daß die Veräußerung des Hauptgesellschaftsanteils völlig aus-

---

2oo) Wurm, Wagner, Zartmann, a.a.O., Muster 98d, § 6 Ziff. 2; Böttcher-Zartmann, a.a.O., S. 88.

2o1) Otto, a.a.O., S. 212.

2o2) Zur Durchführung einer solcher Vereinbarung ist die Zustimmung der Mitgesellschafter des Hauptbeteiligten erforderlich.

geschlossen oder daß eine solche Veräußerung von der Zustimmung des Unterbeteiligten abhängig ist. Sämtliche Vereinbarungen aber gewähren dem Unterbeteiligten keinen ausreichenden Schutz, wenn der Hauptbeteiligte dennoch gemäß dem Hauptgesellschaftsvertrag seinen Anteil abtritt. Da die Abtretung die Untergesellschaft auflöst,[2o3] bleibt dem Unterbeteiligten nur, seinen Anteil am Erlös zu verlangen und etwaige Schadensersatzansprüche wegen vertragswidriger Veräußerung geltend zu machen.

§ 7 Beendigung der Unterbeteiligungsgesellschaft

a) Durch Auflösung der Hauptgesellschaft

Der akzessorische Charakter der Untergesellschaft, der die Existenz der Untergesellschaft vom Fortbestand der Funktionsfähigkeit der Hauptgesellschaft abhängig macht, hat zur Folge, daß die Auflösung der Hauptgesellschaft auch die Auflösung der Unterbeteiligung mit sich bringt.[2o4] Denn durch die Auflösung der Hauptgesellschaft wird die Beteiligung an den aus dem Hauptanteil sich ergebenden Erträgnissen unmöglich, was zur Folge hat, daß der Zweck der Unterbeteiligung i.S. des § 726 BGB nicht mehr erreicht werden kann.[2o5] Gleichgültig ist dabei, ob sich die Hauptgesellschaft als solche auflöst oder ob nur der Hauptanteil untergeht. Auch der bloße Untergang des

---

2o3) Siehe auch BFH, DB 1959,751: "Veräußert der Hauptbeteiligte seine Beteiligung, so wird die Unterbeteiligung aufgelöst. Der Hauptbeteiligte ist verpflichtet, den Erlös entsprechend der Quote der Unterbeteiligten abzuführen." Hier können die Parteien für den abzuführenden Erlös einen Mindestbetrag festsetzen, etwa den "Neuwert oder den steuerlichen Einheitswert". Otto, a.a.O.

2o4) So Schneider, a.a.O., S. 122.

2o5) Es ist gleichgültig aus welchem Grund sich die Hauptgesellschaft auflöst. (Vgl. §§ 723,725-728 BGB).

Hauptanteils bedeutet, daß der Zweck der Unterbeteiligung, nämlich die Aufrechthaltung und Ausbeutung der Hauptbeteiligung, unmöglich geworden ist. Die Folge ist, daß sich die Unterbeteiligungsgesellschaft gemäß § 726 BGB auflöst. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Hauptbeteiligte aufgrund seines gegen die Interessen der Gesellschaft grob verstoßenden Verhaltens gemäß § 737 BGB von der Gesellschaft ausgeschlossen wird.[2o6)]

b) Durch contrarius consensus

Die Unterbeteiligung endet weiter, wenn der Unterbeteiligte und der Hauptbeteiligte beschließen, das zwischen ihnen bestehende Gesellschaftsverhältnis nicht fortzusetzen. Ein solcher Auflösungsgrund ist im Gesetz weder für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft noch für die stille Gesellschaft, wohl aber für die OHG (§ 131 Ziff. 2 HGB) vorgesehen. Eine derartige Bestimmung wäre aber auch überflüssig, da die Unterbeteiligungsgesellschaft ein Vertragsverhältnis ist, auf das § 3o5 BGB Anwendung findet. Es kann daher jederzeit durch "contrarius consensus" der Beteiligten aufgehoben oder inhaltlich modifiziert werden. Eine Auflösung würde sich dann empfehlen, wenn es z.B. dem Unterbeteiligten gelänge, eine gesellschaftliche Beteiligung an der Hauptgesellschaft zu erwerben, und dadurch sein Interesse an einer verdeckten Beteiligung fortgefallen wäre.

c) Durch den Tod des Haupt- bzw. des Unterbeteiligten

In diesem Zusammenhang ist auf die Frage einzugehen, ob der Tod des Hauptbeteiligten die Auflösung der Unterbeteiligung zur Folge hat. Falls der Tod des Hauptbeteiligten die Hauptgesellschaft auflöst (§ 727 Abs.1 BGB), so hat dies in jedem Fall die Auflösung der Un-

---

2o6) So z.B. wenn der Unterbeteiligte ein Konkurrent der Hauptgesellschaft ist, und durch die Unterbeteiligung eine wenn auch begrenzte Einsicht in die Interna der Hauptgesellschaft gewinnt. Siehe auch Herzfeld, a.a.O., S. 291.

terbeteiligung zur Folge. Das Problem ist also in Fällen interessant, in denen der Tod des Hauptbeteiligten die Existenz der Hauptgesellschaft nicht berührt, weil im Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung getroffen ist. (§ 727 BGB und 139 HGB).

Es ist nicht zu übersehen, daß die Unterbeteiligung einen stark kapitalistischen Einschlag hat, der dazu führt, daß die gesetzlichen Bestimmungen der §§7o5ff. BGB nicht ohne weiteres auch auf die Unterbeteiligung anwendbar sind. § 727 Abs. 1 BGB geht davon aus, daß zwischen den Gesellschaftern eine enge persönliche Bindung besteht, die durch die gemeinsame Verfolgung des Gesellschaftszwecks und die uneingeschränkte Haftung der Gesellschafter Dritten gegenüber zu einem wichtigen Bestandteil des Gesellschaftsverhältnisses wird. Stirbt ein Vertragspartner, so wird die persönliche Beziehung zerstört, was i.d.R. eine Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses zur Folge hat. Anders sieht die Gestaltung der Verhältnisse bei der Unterbeteiligung aus: der Unterbeteiligte hat regelmäßig nur ein wirtschaftliches Interesse an der gewinnbringenden Anlage seines Kapitals. Für ihn hat der Abschluß einer Unterbeteiligung regelmäßig keinen persönlichen Einsatz zur Folge[2o7)] und bedeutet kein außergewöhnlich großes Risiko. Das Risiko beschränkt sich für ihn auf die Aufzehrung seiner Einlage, falls er den Verlust, der auf den Hauptanteil entfällt, anteilmäßig zu tragen hat. Unter diesem Gesichtspunkt hat der Tod des Hauptbeteiligten für die Untergesellschaft nicht die gravierenden Folgen wie für die Hauptgesellschaft. Der Tod des Hauptbeteiligten löst daher nach der Ansicht von einigen Autoren die Unterbe-

2o7) Mit Ausnahme der Unterbeteiligungen bei Familiengesellschaften, bei denen das persönliche Element stark hervortritt.

teiligung nicht auf,[2o8] sondern diese Gesellschaft wird mit den Erben des verstorbenen Hauptgesellschafters fortgesetzt, falls die Erben die Stellung des Verstorbenen in der Gesellschaft einnehmen. Dabei muß aber eine Einschränkung gemacht werden: der Tod des Hauptbeteiligten hat auch die Auflösung der Unterbeteiligung zur Folge, wenn die Person des Hauptbeteiligten für den Abschluß des Gesellschaftsverhältnisses für den Unterbeteiligten von entscheidender Bedeutung war. Hier spielt das Element der Persönlichkeit des anderen Gesellschafters eine Rolle, so daß eine Abweichung von der Regel des § 727 Abs.1 BGB nicht gerechtfertigt wäre. Im Gegensatz dazu wird die Meinung vertreten, daß der Tod des Hauptbeteiligten stets die Auflösung der Unterbeteiligung bewirke.[2o9] Eine solche Auffassung mag theoretisch richtig sein, beachtet aber nicht die tatsächlichen Verhältnisse. Die Unterbeteiligung kommt gerade bei Familiengesellschaften vor, wo Eltern ihren Kindern als Vorwegnahme der Erbfolge, oder zu deren Versorgung zu Lebzeiten eine Unterbeteiligung einräumen. In solchen Fällen also, wo die Eltern ihre Kinder schon bei der Einräumung der Unterbeteiligung als ihre Nachfolger im Betrieb betrachten, ist die Anwendung des § 727 Abs. 1 BGB nicht am Platze. Die Schwierigkeiten werden dadurch überwunden, daß in solchen Fällen die Parteien die Auflösung der Untergesellschaft bei Tod des Hauptbeteiligten vertraglich ausschließen.

Meines Erachtens liegt die richtige Lösung in der Kombination der obigen Auffassungen, unter Berücksichtigung des jeweiligen Charakters des Unterbeteiligungsverhältni

---

2o8) Janberg, a.a.O., S.79; Staudinger-Geiler, Anm.79; Böttcher-Zartmann, a.a.O., S. 86.

2o9) Esch, a.a.O., S.9o6; Pöllinger, a.a.O., S. [illegible] Greifeld, a.a.O., S.7o; Schneider, a.a.O., S. 124; Herzfeld, a.a.O., S. 317.

ses. Bei Familiengesellschaften ist der Tod des Hauptbeteiligten regelmäßig kein Auflösungsgrund, soweit der Unterbeteiligte nicht selbst durch Erbfolge Mitglied der Hauptgesellschaft wird. So ist es, wenn z.B. der OHG-Gesellschafter A seinem erwerbsunfähigen Bruder B eine Unterbeteiligung an seinem Anteil einräumt. Schweigt der Unterbeteiligungsvertrag darüber, ob der Tod des A die Auflösung der Unterbeteiligungsgesellschaft bewirkt oder nicht, so ist anzunehmen, daß der A auch seine Erben mit der Unterbeteiligung des B belasten wollte. Ein anderes Beispiel: Ein Vater räumt seinen Kindern eine Unterbeteiligung an seinem Anteil ein. Nach dem Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft soll im Fall des Ablebens eines Gesellschafters nur eines der Kinder (z.B. der älteste Sohn) an seiner Stelle in die Gesellschaft eintreten. In einem solchen Fall wird es dem Willen des Erblassers entsprechen, daß die Unterbeteiligung der übrigen Kinder an dem Anteil ihres Bruders fortgesetzt wird.[21o] Obwohl also das persönliche Element bei den Familienunterbeteiligungen stark hervortritt, ist der Tod des Hauptbeteiligten regelmäßig kein Auflösungsgrund für die Unterbeteiligung.[211] So liegt es jedoch nicht bei den anderen Gesellschaften. Ist einem Unterbeteiligten in einem Gesellschaftsverhältnis die Persönlichkeit des Hauptbeteiligten von ausschlaggebender Bedeutung, weil etwa der Hauptbeteiligte ein besonders erfahrener Geschäftsmann ist, so kann es dem Unterbeteiligten nicht zugemutet werden, das Verhältnis mit den Erben

---

21o) Vgl. dazu die Ausführungen von Merkel, in: NJW 1966,1553.

211) Schneider, a.a.O., siehe oben Fußn. 2o9.

des Hauptbeteiligten fortzusetzen.[212] In diesen Fällen spielt die Persönlichkeit des Hauptbeteiligten eine andere Rolle als bei den Familiengesellschaften, und sein Tod führt zur Auflösung der Unterbeteiligung gemäß § 727 Abs. 1 BGB. Wenn es aber dem Unterbeteiligten nur um die gewinnbringende Anlage seines Kapitals geht, d.h. der Unterbeteiligte nur ein Interesse daran hat, daß die von ihm geleistete Summe möglichst lukrativ in der Hauptgesellschaft arbeitet, dann tritt sowohl die Persönlichkeit des Hauptbeteiligten als auch die Stellung des Unterbeteiligten in den Hintergrund, so daß der Tod des Hauptbeteiligten keinen Einfluß auf den weiteren Bestand der Untergesellschaft hat. Der einzige Unterschied besteht darin, daß der Unterbeteiligte seine Ansprüche in der Zukunft gegen die Erben des Hauptbeteiligten statt gegen den Hauptbeteiligten selbst geltend machen muß. Der Gedanke des § 727 BGB, daß die Persönlichkeit eines jeden Gesellschafters für die Existenz der Untergesellschaft ausschlaggebend ist, trifft in dem Fall der überwiegend kapitalistisch ausgestalteten Unterbeteiligung nicht zu.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Meinung von Westermann.[213] Er führt aus, daß es für die Frage, ob der Tod des Hauptbeteiligten bei bestehender Hauptgesellschaft ein Auflösungsgrund sei oder nicht, darauf ankomme, ob es sich bei der Unterbeteiligungsgesellschaft um eine stille Gesellschaft oder eine BGB-

---

212) Solche persönlichen Elemente, die den Unterbeteiligten zum Abschluß des Unterbeteiligungsverhältnisses veranlassen können, sind z.B. die Solvenz des Hauptbeteiligten, oder das Vertrauen in dessen Leistungsfähigkeit, oder das Interesse an den unternehmerischen Ideen des Hauptbeteiligten, also Eigenschaften, die mit der Person des Hauptbeteiligten so eng verknüpft sind, daß sie nur bei ihm gegeben sind.

213) Westermann, a.a.O., Ziff. 97o.

Gesellschaft handele. "Nach § 339 Abs. 2 HGB ist nämlich nur der Tod des Inhabers, nach § 727 BGB dagegen der Tod jedes Gesellschafters Auflösungsgrund." Diese Formulierung erweckt den Einruck, daß für den Fall des Todes des Hauptbeteiligten die Bestimmungen der §§ 727 BGB und 339 Abs. 2 HGB alternativ zur Anwendung gezogen werden können, und daß die Anwendung der einen oder der anderen Bestimmung davon abhängt, ob die Unterbeteiligung stille Gesellschaft oder BGB-Gesellschaft ist. Dabei übersieht Westermann wohl, daß § 339 Abs. 2 HGB keine Alternative zum § 727 BGB darstellt. Jener Paragraph beschränkt sich lediglich auf den Tod des stillen Gesellschafters und unter analoger Anwendung auf den Tod des Unterbeteiligten (siehe Fußn. 214), enthält aber keinerlei Anhaltspunkte aus denen sich auf eine Regelung für den Tod des Geschäftsinhabers schließen ließe, so daß eine analoge Anwendung für den Fall des Todes des Hauptbeteiligten nicht vertretbar ist. Auf den Tod des Geschäftsinhabers findet die Bestimmung des § 727 BGB Anwendung, so daß auch für den Tod des Hauptbeteiligten dieselbe Regelung gemäß dem oben ausgeführten gelten soll, ohne daß auf die Regelung des § 339 Abs. 2 HGB zurückgegriffen zu werden braucht.

Der Tod des Unterbeteiligten löst regelmäßig die Unterbeteiligungsgesellschaft nicht auf.[214] Vielmehr gehen die Rechte und Pflichten des Unterbeteiligten auf seine Erben über, die von nun an bei mehreren Erben als Erbengemeinschaft die Stellung des Unterbeteiligten einnehmen. In einem solchen Fall kann im Gesellschaftsvertrag eine Klausel aufgenommen werden, aufgrund derer die mehreren Erben des Unterbeteiligten ihre Rechte gegenüber dem Hauptgesellschafter nur durch einen Vertreter ausüben dürfen, um die Verhältnisse zwischen dem Hauptbeteiligten und den mehreren Erben des verstorbenen Unterbeteiligten nicht allzu schwerfällig zu gestalten. Falls der Unterbeteiligte keine ehelichen Abkömmlinge hat, ist es zweckmäßig, im Vertrag zu vereinbaren, daß der Tod des Unterbeteiligten die Untergesellschaft auflöst und der Hauptbeteiligte nicht verpflichtet ist, den übrigen Erben des Verstorbenen eine Abfindung zu zahlen. Eine solche Regelung ist vor allem bei Familiengesellschaften am Platz, da dadurch verhindert wird, daß die Unterbeteiligung im Wege des Erbgangs auf familienfremde Personen übergeht.[215] War aber die Persönlichkeit des Unterbeteiligten für den Abschluß des Gesellschaftsverhältnisses von erheblicher Bedeutung, weil etwa der Unterbeteiligte höchstpersönliche Leistungen erbringen sollte, dann besteht kein Grund, von der Regelung des § 727 Abs. 1 BGB abzuweichen. Mit dem Tode des Unterbeteiligten wird die ge-

---

214) Janberg, a.a.O., S.79; Staudinger-Geiler,Anm.79; Esch, a.a.O.,S.9o5; Schneider, a.a.O.,S.123; Pöllinger, a.a.O., S.61; Greifeld, a.a.O., S.72; Böttcher-Zartmann, a.a.O.,S.86. - Vgl. aber BGH in NJW 1953,138: "Der Tod des Innengesellschafters bewirkt die Auflösung der Innengesellschaft." Der Grundgedanke, der die herrschende Auffassung rechtfertigt, ist die Tatsache, daß bei den ähnlichen Rechtsformen der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft, der Tod des Kommanditisten bzw. des Stillen das Gesellschaftsverhältnis nicht auflöst. §§ 177 und 339 Abs. 2 HGB.

215) Vgl. Wurm,Wagner,Zartmann, a.a.O. (oben Fußn.2oo) § 5 Abs. 2.

rade auf der Person des Vertragspartners beruhende Beziehung aufgehoben und damit die Auflösung der Unterbeteiligung herbeigeführt.

d) Durch Kündigung seitens eines Gläubigers

Als Auflösungsgrund der Unterbeteiligung kommt weiter die Kündigung des Unterbeteiligungsverhältnisses seitens eines Gläubigers des Unterbeteiligten in Betracht (§ 339 Abs.1 in Verb.mit § 135 HGB).Die Untergesellschaft verfügt über kein Vermögen i.S. des § 719 BGB.Ihr Vermögen erschöpft sich in einer schuldrechtlichen Bindung zwischen den beiden Gesellschaftern,kraft deren die Einlage des Unterbeteiligten in das Vermögen des Hauptbeteiligten übergeht und zu dessen alleinigen Verfügung steht. Durch den Abschluß eines Unterbeteiligungsverhältnisses und die Leistung der Einlage könnten den Gläubigern des Unterbeteiligten Vermögenswerte entzogen werden,die sonst zu ihrer Befriedigung hätten dienen können. Ein solches Ergebnis aber wäre unbillig. Gemäß § 339 Abs.1 HGB ist es den Gläubigern des Unterbeteiligten daher möglich, den Anteil ihres Schuldners an der Unterbeteiligungsgesellschaft zu pfänden - so lange der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist (§ 135 HGB),- die Unterbeteiligung zu kündigen und nach der Kündigung sich das Auseinandersetzungsguthaben des Unterbeteiligten zur Einziehung überweisen zu lassen.

Problematisch ist weiter, ob die Gläubiger des Hauptgesellschafters die Unterbeteiligungsgesellschaft gemäß § 725 BGB kündigen können. Eine solche Möglichkeit steht ihnen nicht zu: einmal, weil die Unterbeteiligung eine Innengesellschaft ist,die nach außen nicht hervortritt und folglich in keinen Beziehungen zu Dritten steht, aus denen sich Rechte und Pflichten für die Untergesellschafter ergeben könnten, zum anderen, weil § 725 BGB im Bereich der Unterbeteiligungsgesellschaft und vom Standpunkt der Gläubiger des Hauptbeteiligten her gegenstandlos ist.

Es besteht kein Bedürfnis, die Gläubiger des Hauptbeteiligten zu schützen, da sich das gesamte schuldrechtliche Vermögen der Untergesellschaft in den Händen des Hauptbeteiligten befindet. Die Einlage des Unterbeteiligten geht in das Vermögen des Hauptbeteiligten über, so daß auch diese dem Zugriff der Gläubiger des Hauptbeteiligten unterliegt. Daß die Gläubiger des Hauptbeteiligten im Bereich der Hauptgesellschaft gemäß § 725 BGB bzw. § 135 HGB das Auseinandersetzungsguthaben des Hauptgesellschafters pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen können, um ihre Forderungen zu befriedigen, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Was die Unterbeteiligung angeht, so brauchen die Gläubiger des Hauptbeteiligten den durch § 725 BGB gewährten Schutz nicht, da ihr Schuldner Alleininhaber des schuldrechtlichen Vermögens der Untergesellschaft ist. Sollte der Unterbeteiligte seine Einlage noch nicht erbracht haben, so sind die Gläubiger des Hauptbeteiligten dennoch geschützt. Sie können nach den Regeln der ZPO (§ 829 und 835) den Anspruch ihres Schuldners gegen den Unterbeteiligten auf Leistung der versprochenen Einlage pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.

e) Durch Eröffnung des Konkursverfahrens

Die Unterbeteiligung wird weiter durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Hauptbeteiligten aufgelöst (§ 728 BGB). Da die Unterbeteiligung sich in schuldrechtlichen Beziehungen erschöpft und die Einlage des Unterbeteiligten in das Eigentum des Hauptbeteiligten übergeht, steht dem Unterbeteiligten im Konkurs seines Partners kein Aussonderungsrecht gemäß § 51 KO zu. Vielmehr muß er seinen Anspruch als Konkursgläubiger anmelden, soweit seine Einlage den Verlustanteil, den er eventuell zu tragen verpflich-

tet ist, übersteigt. Der Konkurs des Hauptbeteiligten löst jedoch auch die Hauptgesellschaft auf, so daß deren Auflösung die Auflösung der Untergesellschaft zur Folge hat (vgl. oben unter a). Hat der Unterbeteiligte seine Einlage noch nicht erbracht und ist über das Vermögen des Hauptbeteiligten das Konkursverfahren eröffnet worden, so muß der Unterbeteiligte zur Konkursmasse jenen Betrag leisten, der seiner Beteiligung am Verlust entsprochen hätte, falls er kraft des Unterbeteiligungsvertrags einen solchen hätte mittragen müssen. Der Konkurs des Unterbeteiligten führt ebenfalls zur Auflösung der Untergesellschaft. Die Auseinandersetzung zwischen dem Konkursverwalter des Unterbeteiligten und dem Hauptbeteiligten findet außerhalb des Konkursverfahrens statt (§ 16 KO).[216] Ergibt sich aus dieser Auseinandersetzung für den Unterbeteiligten ein Passivsaldo, so kann der Hauptbeteiligte diese Forderung als Konkursforderung anmelden.

f) Durch Kündigung der Untergesellschaft seitens des Haupt- oder des Unterbeteiligten

Das geltende Recht gibt dem einzelnen Gesellschafter die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen aus dem Gesellschaftsverhältnis durch einseitige Willenserklärung auszuscheiden. In solchen Fällen handelt es sich um die Kündigung des Gesellschaftsvertrages, die in den §§ 723 BGB und 339 Abs. 1 HGB geregelt ist. In der Praxis ist die Kündigung der wohl wichtigste Grund für die Auflösung der Untergesellschaft. Durch die Kündigung kann sich der Unterbeteiligte von einem in der Ausgestaltung nicht mehr tragbaren Verhältnis zurückziehen oder auch unter Einhaltung einer gewissen Frist von einem wirtschaftlich nicht mehr vertretba-

---

216) Böhle-Stamschräder, Komm. zur KO Anm. 1 und 2 zu § 16 KO; Mentzel-Kuhn, a.a.O., Anm. 6 zu § 16 KO.

ren Engagement lösen.

Ist die Unterbeteiligung auf unbestimmte Zeit eingegangen, so kann der Unterbeteiligte bzw. der Hauptbeteiligte durch eine ordentliche Kündigung die Auflösung der Untergesellschaft herbeiführen. Über diesen Punkt herrscht erheblicher Streit. Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, daß für die ordentliche Kündigung der Unterbeteiligung der § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB maßgebend sei.[217] Die Unterbeteiligung sei eine Abart der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, eine Innengesellschaft, auf die die §§ 7o5 f. BGB Anwendung fänden. Diese Meinung erscheint mir nicht zutreffend. Die Möglichkeit einer jederzeitigen Kündigung seitens des Hauptbeteiligten bzw. des Unterbeteiligten wird bei Eingehung der Untergesellschaft auf unbestimmte Zeit regelmäßig den Interessen beider Partner nicht entsprechen. Wie schon erwähnt, sind es entweder rein finanzielle Interessen, oder besonders gelagerte familiäre Interessen im Rahmen einer Familiengesellschaft, die i.d.R. zum Abschluß von Unterbeteiligungen führen. Die Interessenlage innerhalb der Unterbeteiligung ist derjenigen innerhalb einer stillen Gesellschaft ähnlich. Ein finanzstarker Dritter bringt eine Kapitaleinlage in das Unternehmen des Geschäftsinhabers ein und erwartet als Gegenleistung eine entsprechende Gewinnbeteiligung. § 339 Abs. 1 HGB verweist auf § 132 HGB, nach dem die ordentliche Kündigung einer sechsmonatigen Frist unterliegt. Da es zwischen der stillen Gesellschaft und der Unterbeteiligung starke Ähnlichkeiten gibt, sollte § 339 Abs. 1 i.V.m. § 132 HGB auch für die ordentliche Kündigung eines Unterbeteiligungsverhältnisses anwendbar sein.[218] Eine solche Re-

---

217) Pöllinger, a.a.O., S.67-68; wohl auch Janberg, a.a.O., S.8o und Staudinger-Geiler, Anm. 79.

218) So auch Esch, a.a.O., S.9o6; Westermann, a.a.O., Ziff. 969; Greifeld, a.a.O., S. 65.

gelung gibt beiden Partnern ausreichendZeit, ihre Angelegenheiten bis zum Ende des Geschäftsjahres neu zu regeln. Der Hauptbeteiligte kann innerhalb dieses Zeitraums einen neuen Geldgeber finden, der Unterbeteiligte sein Kapital wieder gewinnbringend anlegen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß bei ordentlicher Kündigung auf den Schluß des Geschäftsjahres die Auseinandersetzung zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten wesentlich erleichtert wird, weil der Hauptbeteiligte erst am Ende eines jeden Geschäftsjahres von der Hauptgesellschaft eine Jahresabrechnung bzw. die Jahresbilanz erhält. Erst danach kann er das Guthaben des Unterbeteiligten auf einfache Art und Weise berechnen. Wollte man dagegen den § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB für einschlägig erachten und den Parteien das Recht zur Kündigung mit sofortiger Auflösung der Untergesellschaft geben, so würde eine Kündigung etwa in der Mitte des Geschäftsjahres die Abrechnung zwischen dem Haupt- und dem Unterbeteiligten erheblich erschweren.

Sollte § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB trotzdem für anwendbar gehalten werden, so darf die Kündigung der Unterbeteiligung dennoch nicht zur Unzeit erfolgen. Geschieht dies entgegen der Bestimmung des § 723 Abs. 2 BGB, so ist die Kündigung zwar voll wirksam, doch hat der kündigende Gesellschafter dem anderen Teil den Schaden zu ersetzen, der durch die zur Unzeit erfolgte Auflösung der Unterbeteiligung entsteht.

Die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen, wenn die Unterbeteiligung für eine bestimmte Zeit eingegangen ist. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Hauptgesellschaft ihrerseits für einen bestimmten Zeitraum eingegangen ist. Zum Ausschluß der ordentlichen Kündigung ist es nicht notwendig, daß der Zeitraum für die Dauer der Gesellschaft gerade kalendermäßig feststeht. Es genügt, daß er auf andere Weise festgesetzt

ist, wenn die Vertragsdauer damit im jeweiligen Fall nur genügend bestimmbar ist; eine solche zeitliche Begrenzung des Gesellschaftsverhältnisses kann sich unter Umständen aus der Art des Gesellschaftszwecks ergeben.[219)] In dem schon oben angeführten Fall[22o)] befaßte sich der BGH auch mit der Möglichkeit des Ausschlusses des Rechts zur ordentlichen Kündigung. Es ging dabei um folgendes: Die Hauptbeteiligte (Tochter) hatte das Unterbeteiligungsverhältnis unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zum Ende des Geschäftsjahres gekündigt. Die Unterbeteiligte war der Meinung, daß die Kündigung unwirksam sei, da im Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft und im Testament der Wille des Erblassers (Vater der Hauptbeteiligten und Ehegatte der klagenden Unterbeteiligten) zum Ausdruck gekommen sei, sie für die Dauer ihres Lebens bzw. für die Dauer der OHG zu sichern, und daß aus diesem Grund das Unterbeteiligungsverhältnis auf Lebenszeit der Unterbeteiligten unkündbar sein sollte. Eine derartige Vereinbarung stehe dem Vertragsschluß auf bestimmte Zeit gleich.[221)] Die §§ 724 und 723 Abs. 1 und 3 BGB, die die Unkündbarkeit für vertraglich auf Lebenszeit begründete Unterbeteiligung ausschlössen, seien auch deshalb nicht anwendbar, weil die Unterbeteiligte nicht vertraglich, sondern kraft Erbrechts unterbeteiligt sei.

Der BGH hat sich den Einlassungen der Unterbeteiligten nicht angeschlossen. Er meinte, daß eine Unterbeteiligung kraft Erbrechts nicht entstehen könne. Vielmehr deutete er die testamentarische Regelung in ein Ver-

---

219) Palandt-Gramm unter § 723 BGB; BGHZ 1o,91 (98).

22o) BGHZ 5o,316 f.; siehe oben I. Hauptteil, § 1e und III. Hauptteil, § 4a.

221) Deswegen sei für die Anwendung des § 723 Abs. 1 und 3 kein Platz.

mächtnis um[222] und gab der Klägerin einen schuldrechtlichen Anspruch, von dem Gesellschafter-Erben (Tochter) den Abschluß einer Unterbeteiligung zu verlangen. Dieser Unterbeteiligungsvertrag müsse stillschweigend als mit Rückwirkung auf den Todestag des Erblassers abgeschlossen angesehen werden. Unter diesen Umständen könne die Anwendbarkeit der §§ 723 und 724 BGB auf das Rechtsverhältnis der Parteien nicht bezweifelt werden, da die Unterbeteiligung eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft sei, für die jene Bestimmungen zwingendes Recht seien. Daß die Unterbeteiligung grundsätzlich einen kapitalistischen Charakter habe, bleibe in diesem Zusammenhang unerheblich, da es nicht möglich sei, "mit Rücksicht auf den mehr oder weniger kapitalistischen Einschlag irgendwelche für die Personalgesellschaften zwingend geltenden Vorschriften aufzugeben." Die weitere Behauptung der Unterbeteiligten, daß sie nach dem Willen des Erblassers für die Dauer der OHG am Anteil der Hauptbeteiligten beteiligt bleiben sollte und daß eine derartige Vereinbarung dem Vertragschluß auf bestimmte Zeit gleichstehe, hielt der BGH nicht für erwiesen. Zwar sei es möglich, das ordentliche Kündigungsrecht für eine Unterbeteiligung für die Dauer des Bestands der Hauptgesellschaft auszuschließen, wenn deren (der Hauptgesellschaft) Ende zeitlich festgelegt oder von der Erreichung eines be-

---

222) Siehe oben I. Hauptteil § 1o.

stimmten Zweckes abhängig gemacht werde,[223] jedoch könne davon hier nicht ausgegangen werden, da die Dauer der Hauptgesellschaft mit diesen Punkten in keinem Zusammenhang stehe. Die von der Hauptbeteiligten erklärte Kündigung sei also gültig und habe die Auflösung der Unterbeteiligungsgesellschaft zur Folge.

Es ist darauf hinzuweisen, daß der BGH in der angeführten Entscheidung und im Gegensatz zu der oben dargestellten Auffassung (S. 113-114) die Anwendung des § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB vorzieht. Diese Feststellung dürfte aber nicht von entscheidender Bedeutung sein, denn der BGH ist selbst der Meinung, daß es unerheblich sei, ob und inwieweit "für die Unterbeteiligung einzelne Regeln der stillen Gesellschaft zur Ergänzung der §§ 7o5 ff. BGB heranzuziehen sind". Er verneint also die Möglichkeit einer Anwendung des § 339 Abs. 1 HGB und damit einer Kündigung mit sechsmonatiger Frist zum Ende des Geschäftsjahres nicht, sondern überläßt die entsprechende Regelung dem freien Parteiwillen. Daß die Vertragschließenden aber die Regelung des § 339 HGB vorziehen, weil sie dem Wesen des Unterbeteiligungsverhältnisses mehr entspricht, ergibt sich schon aus dem Sachverhalt des besprochenen Falles, wo die Unterbeteiligung am 26. Juni zum 31. Dezember gekündigt worden war.

Wenn die Unterbeteiligungsgesellschaft bzw. die Hauptgesellschaft auf bestimmte Zeit eingegangen ist, dann

---

223) "Mit dem Zwecke des § 723 Abs.1 Satz 1 BGB wäre es dagegen nicht mehr vereinbar anzunehmen, eine auf die Dauer der Hauptgesellschaft abgeschlossene Unterbeteiligung sei im Wege der ordentlichen Kündigung nicht vorzeitig auflösbar, wenn die Dauer der Hauptgesellschaft nach den Bestimmungen ihres Gesellschaftsvertrags von vornherein in keiner Weise begrenzt, sondern von der Entschließung ihrer Gesellschafter abhängig und damit ihrerseits aus der Sicht der Unterbeteiligungsgesellschaft zeitlich weder bestimmt noch bestimmbar ist. Das Ende der Unterbeteiligung wäre damit zwar rechtlich festgelegt, zeitlich aber so völlig ungewiss, daß von einer bestimmten Dauer i.S. des § 723 Abs.1 Satz 2 BGB nicht mehr gesprochen werden kann." BGH, a.a.O., S.322.

kann das Gesellschaftsverhältnis nur durch außerordentliche Kündigung aufgelöst werden. Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung ist ein wichtiger Grund, der den weiteren Bestand der Gesellschaft unmöglich oder unzumutbar macht. Hier muß nochmals auf die eigentümliche Lage des Unterbeteiligten hingewiesen werden. Im Gegensatz zur Außengesellschaft, bei der nach dem gesetzlichen Typus jedem Gesellschafter eine mitwirkende Rolle zugedacht ist und bei der jeder unter den Voraussetzungen des § 711 BGB die Vornahme eines Geschäfts seitens eines Mitgesellschafters verhindern und damit seine Interessen schützen kann, befindet sich der Unterbeteiligte als Innengesellschafter in einer benachteiligten Lage. Er hat keinen Einfluß auf die Hauptgesellschaft, und innerhalb der Untergesellschaft ist er an die Geschäftsführung des Hauptbeteiligten gebunden. Es wird also deutlich, daß das Vertrauen, das seitens des Unterbeteiligten dem Hauptbeteiligten entgegengebracht werden muß, nicht selten größer ist als das Vertrauen irgendeines OHG-Gesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern.[224] Jede Erschütterung dieses Vertrauensverhältnisses wäre also ein wichtiger Grund zur Kündigung der Unterbeteiligung seitens des Unterbeteiligten. Die außerordentliche Kündigung ist praktisch die wirksamste Waffe, über die der Unterbeteiligte gegenüber seinem Partner verfügt. Deswegen sollten auch die Bestimmungen über die Kündigung bezüglich des Unterbeteiligungsvertrags extensiver ausgelegt werden als diejenigen, die die üblichen Außengesellschaften betreffen. Eine Verletzung von gesellschaftlichen Pflichten, die bei einer Außengesellschaft keinen wichtigen Grund i.S. § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB ausmacht, könnte bei einer Unterbeteiligungsgesellschaft ausreichend sein. Schließlich unterliegt die Beurteilung, ob der angegebene Vorgang einen wichtigen Grund i.S. der obi-

---

224) So auch Pöllinger, a.a.O., S.69; Greifeld,a.a.O., S.67.

gen gesetzlichen Bestimmung ausmacht oder nicht, dem freien Ermessen des Richters, der allerdings in seiner Entscheidung die Eigenart der Stellung des Unterbeteiligten mitberücksichtigen muß.

§ 8 Die Auseinandersetzung

Da es bei der Unterbeteiligung kein gesamthänderisch dinglich gebundenes Vermögen, das der Aufteilung bedürfte, gibt, fallen regelmäßig[225] Auflösung und Vollbeendigung der Gesellschaft zusammen.[226] Es geht nun darum, das Auseinandersetzungsguthaben des Unterbeteiligten festzustellen und in Geld zu berichtigen. Die Suche nach einer dem Wesen der Unterbeteiligung entsprechenden Regelung führt zu § 34o HGB. Kernpunkt dieser Norm ist die Tatsache, daß das Guthaben des stillen Gesellschafters in Geld zu berichtigen ist.[227]
Die Auflösung der Unterbeteiligung begründet also für den Unterbeteiligten einen Auseinandersetzungsanspruch. Dieser Anspruch aber geht nicht auf Versilberung des Gesellschaftsvermögens, da ein solches nicht existiert, sondern auf Zahlung eines Geldbetrags und zwar in Höhe des auf den Unterbeteiligten "entfallenden Anteils am Wert desjenigen Vermögens, das bei einer Außengesellschaft Gesellschaftsvermögen wäre."[228]
Erhält der Unterbeteiligte diesen Betrag, so ist er wegen seines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Hauptbeteiligten befriedigt, gleichviel, ob eine Versilberung des im Alleineigentum des Hauptgesellschaf-

---

225) Vgl. aber die atypischen Formen z.B. BGHZ 8,157 ff. (oben I.Hauptteil,§ 1d u. III.Hauptteil,§ 1,Apothekenfall).

226) Pöllinger, a.a.O.,S.7o; Greifeld,a.a.O.,S.73.

227) BFH in BB 1961,583: "Eine Auseinandersetzung ist für die Innengesellschaft nicht ausgeschlossen.Die Vorschriften über die Auseinandersetzung ändern sich allerdings dadurch, daß kein Gesamthandvermögen vorhanden ist, das aufzuteilen wäre."

228) OLG Karlsruhe, BB 1954,241.

ters stehenden Gesellschaftsvermögens stattgefunden hat oder nicht.[229] Es muß nochmals auf das einschlägige Urteil des RG hingewiesen werden, in dem der Antrag der Innengesellschafter auf Versilberung des im Alleineigentum des Außengesellschafters stehenden Vermögens abgewiesen worden ist. Das Reichsgericht vertrat dabei die Auffassung, daß nur eine Geldabfindung in Betracht komme, denn, "sofern keine abweichende Vereinbarung besteht, muß dem Beklagten (Außengesellschafter) überlassen bleiben, in welcher Weise er sich die Geldmittel zur Befriedigung der schuldrechtlichen Forderung der Kläger (Innengesellschafter) beschafft ... zur Ermittlung der Höhe des Abfindungsanspruchs der Kläger ist eine Veräußerung des Geschäfts nicht erforderlich."[23o]

Daraus folgt, daß der Unterbeteiligte einen schuldrechtlichen Anspruch auf eine Abfindung in Höhe seines buchmäßigen Anteils hat. Dazu kommt der nicht ausgeschüttete Gewinn des letzten Jahres, wenn Gewinne früherer Jahre entweder schon ausgeschüttet oder zur Deckung von Verlusten verwendet worden sind. War das nicht der Fall, so steht dem Unterbeteiligten eine gewöhnliche Buchforderung in Höhe der nicht ausgeschütteten Gewinne zu.

Für die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens des Unterbeteiligten ist i.d.R. die auf das Ende des vorausgegangenen Jahres vor der Beendigung des Unterbeteiligungsverhältnisses aufgestellte Steuerbilanz der Hauptgesellschaft maßgebend.[231] Selbstverständlich hat der Unterbeteiligte keinen Anspruch auf Auszahlung sei-

---

229) RGZ 166,16o (162), siehe oben II. Hauptteil,§ 1Ac.

23o) RGZ, a.a.O., S.163.

231) Wurm,Wagner,Zartmann, a.a.O., § 4 Abs. 2.

ner Einlage, wenn er im Innenverhältnis zum Hauptbeteiligten einen entsprechenden Verlustanteil tragen mußte, und dadurch seine Einlage aufgezehrt worden ist. Ebenfalls hat er keinen Auseinandersetzungsanspruch, wenn er lediglich zu höchstpersönlichen Leistungen verpflichtet war. In diesem Fall kann er rückständige Vergütungen verlangen, eventuell auch einen Schadensersatzanspruch geltend machen, falls die Unterbeteiligungsgesellschaft aus Verschulden des Hauptbeteiligten aufgelöst wurde.

Hat der Unterbeteiligte bis zur Auflösung der Unterbeteiligungsgesellschaft seine Einlage nicht geleistet, dann ist er nach der Auflösung zu einer solchen Leistung nicht mehr verpflichtet. Falls er sich aber zur anteilmäßigen Verlustbeteiligung verpflichtet hat, muß er dem Hauptgesellschafter einen seinem Verlustanteil entsprechenden Betrag zahlen.[232] Es fragt sich, ob der Unterbeteiligte an den zur Zeit der Auflösung der Untergesellschaft schwebenden Geschäften der Hauptgesellschaft, d.h. an dem aus diesen Geschäften zu erwartenden Gewinn, teilnimmt. § 34o Abs. 2 HGB räumt dem stillen Gesellschafter das Recht ein, sich am Gewinn der schwebenden Geschäfte zur Zeit der Auflösung der stillen Gesellschaft zu beteiligen. Danach müßte auch der Unterbeteiligte Anteil am Gewinn, der sich aus der Abwicklung dieser Geschäfte ergibt, haben. Denn solange seine Einlage in dem Anteil des Hauptgesellschafters arbeitet, nimmt er an sämtlichen Vorteilen teil, die aus dem Hauptanteil entspringen. Als solche gelten auch die von der Hauptgesellschaft bereits abgeschlossenen aber erst in der Zukunft gewinnbringenden Geschäfte.

In praktischer Hinsicht ist auch folgendes interessant: Der Hauptbeteiligte muß dem Unterbeteiligten eine Summe, vermehrt durch nicht entnommene Gewinne, auszahlen. Diese Summe kann unter Umständen so hoch sein,

---

232) Geiler-Düringer-Hachenburg, a.a.O.,Anm.11 zu §34o HGB.

daß im Zeitpunkt der Auflösung der Unterbeteiligungsgesellschaft der Hauptbeteiligte nicht über die erforderlichen Barmittel verfügt. Westermann vertritt die Meinung,[233] daß bei Beendigung der Unterbeteiligungsgesellschaft ohne Ausscheiden der Hauptgesellschafter aus der Hauptgesellschaft oder ohne Ausschüttung der nicht entnommenen Gewinne, der Unterbeteiligte von dem Hauptbeteiligten nur dann den seiner Quote entsprechenden Betrag in bar verlangen könne, wenn die Mittelaufbringung dem Hauptbeteiligten - ggf. durch Kreditaufnahme - zumutbar sei. Denn die in der Hauptgesellschaft erfolgte Bindung des Gewinns sei auch dem Unterbeteiligten gegenüber wirksam. Hinsichtlich des stehengelassenen Gewinns ist der Ansicht Westermanns zuzustimmen. Was die Einlage als solche angeht, so können die ehemaligen Gesellschafter vereinbaren, daß das Auseinandersetzungsguthaben des Unterbeteiligten in zwei oder mehreren Jahresraten ausgezahlt werden soll. So wird einerseits die Aufbringung von Geldmitteln seitens des Hauptbeteiligten erheblich erleichtert, und andererseits die Gefahr einer Veräußerung des Hauptanteils seitens des Hauptbeteiligten zwecks Tilgung des Abfindungsanspruchs des Unterbeteiligten beseitigt.

---

233) Westermann, a.a.O., Ziff. 963.

IV V I E R T E R H A U P T T E I L:

Die Unterbeteiligung im Steuerrecht

§ 1 Die Unterbeteiligung als Gläubiger- oder Mitunternehmerschaft

Aus den §§ 1,5 und 11 StAnpG ergibt sich für das Steuerrecht eine andere Betrachtungsweise als für das bürgerliche Recht. Dabei kommt es nicht auf die äußere Rechtsform, sondern auf die tatsächlichen Beziehungen an. Nach der zutreffenden Formulierung von Thoma fragt das Steuerrecht "nur danach, ob wirtschaftlich betrachtet der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Steuer knüpft. Aus dieser Schau verlieren aber die für das Zivilrecht wichtigen Begriffsbestimmungen und die Abgrenzung der Unterbeteiligung von ähnlichen Rechtsformen an Bedeutung."[234] Aus der Sicht des Steuerrechts stellt sich die Frage, ob der Unterbeteiligte lediglich Gläubiger des Hauptbeteiligten i.S. des § 2o EStG oder aber Mitunternehmer des Hauptbeteiligten bzw. der Hauptgesellschaft i.S. des § 15 EStG ist. Die Beantwortung dieser Frage ist von großer Bedeutung, denn an sie knüpft das Steuergesetz verschiedene Folgen je nach dem, ob der Unterbeteiligte unter den gegebenen Umständen lediglich als Gläubiger des Hauptbeteiligten oder aber als dessen Mitunternehmer betrachtet werden muß.

Der Begriff der Mitunternehmerschaft ist ein rein steuerrechtlicher Begriff, dessen Inhalt in einer Gegenüberstellung zum Begriff der Gläubigerschaft deutlich wird. Die bisher im Vordergrund stehende Form

---

234) Thoma, a.a.O., S.221.

der Unterbeteiligung, bei der sich der Unterbeteiligte mit einer Vermögenseinlage am Anteil des Hauptbeteiligten beteiligt, wobei sich seine Rechte auf eine schlichte Gewinnbeteiligung beschränken, wird steuerrechtlich als Gläubigerschaft angesehen (§ 2o EStG). Der Unterbeteiligte hat steuerlich dieselbe Stellung wie ein Darlehensgeber, der für das geleistete Darlehen Zinsen erhält. Dabei ist zu beachten, daß der hier dargestellte Begriff der Gläubigerschaft nur im Bereich des Steuerrechts maßgebend ist, während im Zivilrecht zwischen der Rechtsstellung des Unterbeteiligten und des Gläubigers beachtliche Unterschiede bestehen. Wenn also der Unterbeteiligte einen schlichten Gewinnbeteiligungsanspruch hat und eine entsprechende Beteiligung an den stillen Reserven bzw. am Geschäftswert fehlt, so wird diese Form der Unterbeteiligung als "typische Unterbeteiligung" bezeichnet. Bei dieser "typischen" Form hat der Unterbeteiligte nach Beendigung der Unterbeteiligung nur Anspruch auf Rückerstattung des Nominalbetrags seiner Einlage. Es kann aber zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten eine Vereinbarung getroffen werden, kraft derer der Unterbeteiligte nicht nur an dem auf den Anteil des Hauptbeteiligten entfallenden Gewinn beteiligt ist, sondern im Falle der Veräußerung oder Liquidation des Unternehmens im Innenverhältnis zum Hauptbeteiligten auch einen seiner Quote entsprechenden Anteil an den stillen Reserven bzw. an dem Geschäftswert des Unternehmens haben soll. Diese Form der Unterbeteiligung pflegt man als "atypische Unterbeteiligung" zu bezeichnen. Es ist erneut darauf hinzuweisen, daß für die Unterscheidung zwischen der typischen und der atypischen Gestaltungsform der Unterbeteiligung vorwiegend steuerliche Gesichtspunkte maßgebend sind.[235)]

---

235) Daß für die atypische Unterbeteiligung nicht nur steuerliche Gründe maßgebend sind, zeigt der oben (I. Hauptteil, § 1d und III. Hauptteil, § 1) erwähnte Apothekenfall.

Die praktische Seite der Unterscheidung liegt darin, daß bei der typischen Unterbeteiligung die Gewinnanteile, die von dem Hauptbeteiligten an den Unterbeteiligten weitergeführt werden, Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. des § 2o EStG mit der Folge des vorherigen Kapitalertragssteuerabzugs bilden.[236] Damit werden die Gewinnanteile des typischen Unterbeteiligten bei dem steuerpflichtigen Gewinn der Hauptgesellschaft als abzugsfähige Betriebsausgaben für den Hauptgesellschafter und damit zugleich für die Hauptgesellschaft selbst betrachtet. Bei der atypischen Unterbeteiligung dagegen bilden die Gewinnanteile des Unterbeteiligten Einkommen aus Gewerbebetrieb i.S. des § 15 Ziff. 2 EStG; sie unterliegen nicht dem vorherigen Kapitalertragssteuerabzug und mindern nicht den steuerpflichtigen Gewinn des Hauptbeteiligten und der Hauptgesellschaft.

Die wesentlichste Voraussetzung für die Annahme einer Mitunternehmerschaft des Unterbeteiligten ist seine Beteiligung an den stillen Reserven der Hauptgesellschaft. Zahlreiche Entscheidungen des BFH bestätigen diese Feststellung: Bei einer Unterbeteiligung an einer Kommanditbeteiligung hatte die KG behauptet, daß der Unterbeteiligte als Mitunternehmer des Kommanditisten angesehen werden müßte. Hinsichtlich der Auseinandersetzung hieß es im Unterbeteiligungsvertrag: "Bei der Auseinandersetzung im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters ist der Wert zu ersetzen, den die Einlage zur Zeit der Einbringung gehabt hat ... An den durch Inanspruchnahme von Steuerbegünstigungen gebildeten Reserven hat er einen seiner Beteiligung entsprechenden Anteil." Die Klage der KG wurde mit der Begründung abgewiesen, daß es für die Annahme einer Mitunternehmerschaft an der erforderlichen Betei-

---

236) Böttcher, a.a.O., S.1oo.

ligung an den Anlagewerten der Firma fehle. Die Mitunternehmerschaft erfordere eine Beteiligung an sämtlichen stillen Reserven einschließlich des Geschäftswerts und nicht nur an den durch Inanspruchnahme von Steuerbegünstigungen gebildeten Reserven.[237] In einem anderen Urteil des BFH ging es um die Anerkennung einer Unterbeteiligung der Kinder am Anteil ihres Vaters. Hinsichtlich der Mitunternehmerschaft hat der BFH ausgeführt: "... Der Unterbeteiligte ist Mitunternehmer, wenn ein Gewerbebetrieb und ein Gesellschaftsverhältnis mit bestimmten Mindestgesellschaftsrechten des Unterbeteiligten (Beteiligung am Erfolg, gewisse Kontrollrechte) vorliegen und die Beteiligung am Geschäftsvermögen einschließlich der stillen Reserven im Innenverhältnis gegeben ist."[238] Bedeutsam ist auch eine Entscheidung des RFH:[239] Der A war in einer Gesellschaft tätig und wurde als Seniorchef betrachtet, formell aber als lohnsteuerpflichtiger Angestellter geführt. Seine beiden Söhne, die zusammen mit zwei Dritteln an der KG beteiligt waren, hatten ihren Vater an ihren Anteilen mit einem Drittel unterbeteiligt. Durch die Unterbeteiligung war der Vater an dem Geschäftsvermögen mit 23 % und am Gewinn der Söhne mit 24 % beteiligt. Wegen seiner Tätigkeit in der Firma erhielt er weiter Gehalt, Tantiemen und Dienstaufwandsentschädigung. Bei dieser Sachlage war problematisch, ob der Vater als Mitunternehmer angesehen werden mußte. Nur wenn dies nicht der Fall war, durften seine Bezüge bei der Berechnung des Gewinns der KG als Betriebsausgaben abgezogen werden. Nach Ansicht des RFH hängt das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft, "im wesentlichen davon ab, ob der Betreffende am Geschäftsvermögen und den stillen

237) BFH, BStBl 196o, III,229.

238) BFH Urt. vom 3.12.58, BB 1959,4o2.

239) RStBl 1933,1o14.

Rücklagen des Betriebs beteiligt ist." Wegen seiner Beteiligung am Gewinn und Verlust mit 24 % und am Geschäftsvermögen mit 22 2/9 % sei der Vater als Mitunternehmer anzusehen und seine Bezüge gehörten ohne Unterschied ihrer Bezeichnung zum einheitlich festzustellenden Gewinn des Betriebs.

In dem wohl interessantesten Urteil bezüglich des Unterschieds zwischen der typischen und der atypischen Unterbeteiligung bzw. zwischen Gläubigerschaft und Mitunternehmerschaft unternimmt der BFH[24o)] den Versuch, allgemein gültige Abgrenzungsmerkmale zwischen den Begriffen der Gläubigerschaft und der Mitunternehmerschaft herauszuarbeiten. Es ging dabei um folgendes: Ein nicht in leitender Stellung tätiger Angestellter einer KG hatte im Wege der Erbfolge eine Unterbeteiligung an einem Kommanditanteil erworben. Die Frage war, ob die Bezüge des Angestellten im Hinblick auf seine Unterbeteiligung an dem Kommanditanteil nach § 15 Ziff. 2 EStG zu den Gewinnen der KG gerechnet, oder als Betriebsausgaben anerkannt werden konnten. Der BFH hat dazu ausgeführt, daß die einkommensteuerliche und gewerbesteuerliche[241)] Behandlung der Gewinnanteile des Unterbeteiligten entscheidend von den Rechtsbeziehungen zwischen dem Unterbeteiligten und dem Hauptbeteiligten abhänge. "Beschränken sich die Ansprüche des Unterbeteiligten z.B. auf einen Anteil an den auf den Hauptbeteiligten entfallenden laufenden Gewinnen, ohne daß ihm im Fall der Veräußerung oder der Liquidation der Gesellschaft ein Anteil an einem durch die im Anlagevermögen steckenden stillen Reserven und durch den Geschäftswert des Unternehmens beeinflußten Veräußerungsgewinn zugestanden ist, so wird die Stellung des Unterbeteiligten

---

24o) BStBl 1962, III,337.

241) Das Urteil ist an sich zur Gewerbesteuer (§ 7,8 Ziff. 3 GewStG) ergangen.

im Verhältnis zum Hauptbeteiligten im allgemeinen derjenigen eines stillen Gesellschafters ggf. eines partiarischen Darlehensgebers entsprechen. Der Unterbeteiligte bezieht dann Einkünfte aus Kapitalvermögen. Hat dagegen der Gesellschafter dem Unterbeteiligten im Innenverhältnis eine Beteiligung an seinen Ansprüchen als Mitunternehmer in vollem Umfang zugestanden, so wird der Unterbeteiligte ebenso Einkünfte aus Gewerbebetrieb beziehen wie der Hauptbeteiligte. Der Unterbeteiligte kann in einem solchen Fall im Innenverhältnis zum Hauptbeteiligten als Mitunternehmer angesehen werden." Der BFH geht in seinen Ausführungen noch einen Schritt weiter. Er erkennt die Möglichkeit einer Mitunternehmerschaft des Unterbeteiligten nicht nur im Innenverhältnis zum Hauptbeteiligten an, sondern zur Hauptgesellschaft selbst, wenn die Stellung des Unterbeteiligten so stark ist, daß "er bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Mitunternehmer an der Gesellschaft anzusehen ist."

Zusammenfassung: Die Stellung des Unterbeteiligten in steuerrechtlicher Hinsicht erschöpft sich in zwei Gestaltungsmöglichkeiten, der typischen und der atypischen Unterbeteiligung. Letztere unterscheidet sich weiter in einer Mitunternehmerschaft im Innenverhältnis zum Hauptbeteiligten und in einer Mitunternehmerschaft an der Hauptgesellschaft selbst, wenn die Stellung des Unterbeteiligten wirtschaftlich besonders stark ist.[242] Eine solche Mitunternehmerschaft an der

242) "Die Annahme einer echten Mitunternehmerschaft zur Gesellschaft kann allerdings nur für wirkliche Ausnahmefälle in Betracht kommen." Düchting BB 1965, 783; vgl. auch den Aufsatz desselben in BB 1963, 808,809; weitergehend Densow, a.a.O.,S.219: "Wenn den anderen Gesellschaftern gegenüber das Unterbeteiligungsverhältnis nicht geheim gehalten wird, wird der Unterbeteiligte nicht nur Untergesellschafter des Gesellschafters, sondern auch selbst Mitunternehmer der Gesellschaft. Er nimmt am Gedeih und Verderben des Unternehmens ... teil ..."

Hauptgesellschaft selbst[243] hat der BFH ebenfalls anerkannt:[244] Jeder der drei Gesellschafter (Brüder) einer OHG schenkte seinem als Nachfolger in Aussicht genommenen Kind 2o % seines Anteils. Die im Betrieb mitarbeitenden Kinder erhielten Gehälter, Tantiemen und je 2o % der Gewinnanteile ihrer Väter. Während das FG die den Kindern gezahlten Beträge als "echte stille Unterbeteiligung" an den Anteilen ihrer Väter und damit als Betriebsausgaben ansah, nahm der BFH eine bei der einheitlichen Gewinnfeststellung und beim Gewerbeertrag zu berücksichtigende Mitunternehmerschaft der Kinder an, so daß sich der Gewerbeertrag der OHG um die den Kindern ausgezahlten Gewinne erhöhte. Der BFH legt dabei den entscheidenden Wert nicht auf die mangelnde Beteiligung der Kinder an den stillen Reserven der OHG, sondern auf ihre jetzt schon einflußreiche Stellung im Unternehmen als künftige Nachfolger ihrer Väter. Die Beteiligung an den stillen Reserven sei nicht das allein entscheidende Merkmal für die Annahme einer Mitunternehmerschaft, sondern bei der Ent-

---

243) Diese Meinung, daß die Unterbeteiligung eine echte Mitunternehmerschaft zur Hauptgesellschaft selbst sein könne, wurde von Esch in NJW 1964,2o44 f. stark kritisiert. Er meint, daß auch für die steuerliche Abgrenzung der Unterbeteiligung die handelsrechtliche Betrachtungsweise maßgebend sei. Demzufolge könne eine Unterbeteiligung nur dann vorliegen, wenn der Unterbeteiligte "eben nicht an der Hauptgesellschaft selbst, sondern nur an dem Gesellschaftsanteil eines Hauptgesellschafters beteiligt ist und weder zu den anderen Hauptgesellschaftern noch zur Hauptgesellschaft in Rechtsbeziehungen steht." Die Mitunternehmerschaft an der Hauptgesellschaft selbst lehnt er als eine von der handelsrechtlichen Lage abweichende und sich lediglich auf eine ominöse wirtschaftliche Betrachtungsweise stützende Auffassung ab. a.A. ist Krah in NJW 1965,898 f. Für ihn ist die zivil- bzw. handelsrechtliche Gestaltung der Unterbeteiligung nicht entscheidend, denn "die Dinge liegen ganz anders im Steuerrecht".

244) BStBl 1965, III,26o.

scheidung dieser Frage müßten die gesamten Umstände in Betracht gezogen werden." "Bei Würdigung des Gesamtbildes der Verhältnisse sind die Kinder als Mitunternehmer der OHG zu betrachten."[245] Hier ist auf zwei Punkte hinzuweisen: Einmal wird durch das Urteil eine direkte Mitunternehmerschaft des Unterbeteiligten an der Hauptgesellschaft anerkannt;[246] weiter ist für die Annahme der Mitunternehmerschaft die Beteiligung des Unterbeteiligten an den stillen Reserven des Unternehmens nicht schlechthin erforderlich, sondern es genügt, wenn der Unterbeteiligte eine so starke Stellung hat, daß er mit "ihrer (der Hauptgesellschaft) Existenz auf Gedeih und Verderb gebunden ist und darum schon jetzt ein wesentliches Unternehmensrisiko" trägt.

Diese Auffassung des BFH hat Anlaß zu heftiger Kritik gegeben. Vor allem wurde hervorgehoben, daß die Ausführungen des BFH, soweit sie die Kinder als Mitunternehmer der OHG und nicht als stille Gesellschafter bzw. Unterbeteiligte bezeichneten, keine allgemeine Bedeutung hätten, "weil sie entscheidend auf die Umstände des Einzelfalles abstellen."[247] Weiter seien die Kriterien, die der BFH in seiner Begründung für die Mitunternehmerschaft angeführt hat,[248] in ihrer Bedeutung "so wenig klar und aussagefähig, daß es letzten Endes eine subjektive Entscheidung der beurteilenden Stelle

---

245) "Dafür spricht, daß sie aufgrund ihrer hohen Einlagen eine gewichtige Stellung im Unternehmen der OHG haben. Sie sind im Ausland für Führungsaufgaben in der Firma geschult worden und haben ... verantwortliche Funktionen bei der OHG. Sie gelten als Nachfolger ihrer Väter im Betrieb und haben als solche ein natürliches Mitspracherecht in der Firma." BFH, a.a.O., S.26o.

246) "Diese Möglichkeit ist eine Schöpfung der Rechtsprechung des RFH und des BFH, die handelsrechtlich unvertretbar ist." Esch in NJW 1968,128o.

247) Grieger, BB 1965,528.

248) Siehe Fußn. 245.

sein wird, ob nun eine Mitunternehmerschaft vorliegt oder nicht."[249] Der vom BFH entwickelte Begriff des "natürlichen Mitspracherechts" sei rechtlich überhaupt nicht faßbar und deshalb keine geeignete Grundlage für eine derartige rechtliche Beurteilung.[250] Der überwiegende Teil der Literatur bleibt bei der Auffassung, daß für die Annahme einer Mitunternehmerschaft in der Praxis die Beteiligung des Unterbeteiligten an den stillen Reserven der entscheidende Maßstab bleiben soll, "da dieser Sachverhalt ohne Schwierigkeiten feststellbar ist."[251]

§ 2 Die Unterbeteiligung in Familiengesellschaften

Zwischen Familienangehörigen werden mehrfach aus den angeführten Gründen[252] Unterbeteiligungsverträge abgeschlossen. Durch diese Unterbeteiligungen wird der Gesamtgewinn der Hauptgesellschaft auf den Hauptgesellschafter und den Unterbeteiligten aufgeteilt, so daß eine Minderung des progressiv gestaffelten Satzes der Einkommensteuer erreicht wird.[253] Da die Unterbeteiligungsverhältnisse aber nach außen hin nicht hervortreten, und dadurch im Rahmen des bürgerlichen Rechts Manipulationen und Mißbräuche der Formen und Gestaltungen möglich wären, hat die Rechtsprechung des BFH eine Reihe von Merkmalen herausgearbeitet, die für die steuerliche Anerkennung eines Unterbeteiligungsverhältnisses zwischen nahen Angehörigen erforderlich sind.[254]

---

249) Labus, BB 1965,528.

25o) Düchting, BB 1965,784. Gegen die Auffassung des BFH auch Böttcher-Zartmann, a.a.O., S.125, wo das Urteil als eine "leider erneute Abkehr von der mehr rechtlich orientierten Betrachtungsweise, der sich der BFH in seinem Urt. vom 2o.3.62 angenähert hatte" bezeichnet wird.

251) Labus, a.a.O.

252) Siehe oben I. Hauptteil, § 1e und f.

253) Böttcher-Zartmann, a.a.O., S. 189.

254) Eine Zusammenfassung dieser Punkte enthält der BFH-Bescheid vom 1o.1o.1952 BB 1952,877.

Für die steuerliche Anerkennung des Unterbeteiligungsvertrags muß zunächst die tatsächliche Durchführung der getroffenen Vereinbarungen nachgewiesen werden, wobei die schenkungsweise Einräumung einer Unterbeteiligung kein Beweisanzeichen für die mangelnde Ernstlichkeit des Vertrags ist.[255)] Die Ernstlichkeit und der tatsächliche Vollzug der Vereinbarung ergibt sich aus dem Gesamtbild der Verhältnisse. Dabei müssen die Unterbeteiligten rechtlich und wirtschaftlich Gesellschafter sein, sie müssen frei über die ihnen zustehenden Gewinnanteile und Zinsen verfügen können und ein Recht auf laufende Informationen und auf Vorlage einer Abschrift der Jahresbilanz der Hauptgesellschaft haben. Eventuell können auch die Motive, die zur Begründung des Unterbeteiligungsverhältnisses führten, zur Würdigung des Gesamtbildes hinzugezogen werden.[256)] Dagegen versagt die Anerkennung bei Familienunterbeteiligungen dann, wenn "die Stellung des Unterbeteiligten rechtlich und wirtschaftlich derart eingeschränkt ist, daß sich an der Verfügungsgewalt des Hauptbeteiligten über seinen Geschäftsanteil und über dessen Erträge kaum etwas ändert, vielmehr alles beim alten bleibt."[257)] Die Anführung der Unterbeteiligung in den Büchern der Hauptgesellschaft ist allerdings nicht Voraussetzung für deren steuerliche Anerkennung. Das FG hatte in einem Fall den tatsächlichen Vollzug einer zwischen Eheleuten abgeschlossenen Unterbeteiligung deshalb verneint, weil sie nicht in

---

255) BFH Urteil vom 3.12.58 DB 1959,751 = BB 1959,4o2.

256) Bei Familiengesellschaften muß man stets daran denken, daß die Verhältnisse in einer solchen Gesellschaft ihrer Natur nach anders sind, als bei einer Gesellschaft unter nicht verwandten Personen. Die steuerliche Ernstlichkeit eines solchen Verhältnisses kann nicht verneint werden, auch wenn für dessen Entstehung außerbetriebliche Gründe maßgebend waren. BFH, BStBl 1951,181 f.

257) Siehe Fußn. 255.

den Bilanzen der Gesellschaft zum Ausdruck gekommen sei. Der BFH führte aus, daß Unterbeteiligungen zwischen Eheleuten steuerlich beachtet werden müßten, sofern sie ernsthaft gewollt und auch durchgeführt worden seien. Es könne nicht verlangt werden, daß die Unterbeteiligung am Anteil eines Mitunternehmers einer Personalgesellschaft in den Büchern der Gesellschaft fixiert werde, da vielfach die übrigen Gesellschafter von deren Existenz nichts erfahren sollten.[258)]

§ 3 Unterbeteiligung und einheitliche Gewinnfeststellung bei der Hauptgesellschaft

Als letztes ist die Stellung der Unterbeteiligung in dem Gewinnfeststellungsverfahren der Hauptgesellschaft zu erörtern, ein Problem, das die Rechtsprechung des RFH und des BFH immer wieder beschäftigt hat. Nach § 215 Abs. 2 AO werden einheitlich und gesondert festgestellt die einkommensteuerlichen Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit und aus Vermietung und Verpachtung unbeweglichen Vermögens, wenn an den Einkünften mehrere beteiligt sind. Der Hauptbeteiligte und der Unterbeteiligte teilen den auf den Hauptgesellschaftsanteil entfallenden Gewinn aus der Hauptgesellschaft. Deshalb bedarf es einer Aufteilung dieses Gewinnanteils auf die beiden Gesellschafter der Unterbeteiligungsgesellschaft. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die Unterbeteiligung der Hauptgesellschaft bekannt ist oder nicht.

Ist das zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten abgeschlossene Unterbeteiligungsverhältnis der Hauptgesellschaft bekannt, dann soll die Unterbeteiligung als solche im einheitlichen Gewinnfeststellungsverfahren der Hauptgesellschaft berücksichtigt werden.[259)] Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Unter-

---

258) BFH, BStBl 1963, III 211 = BB 1963,5o4 f.

259) Bopp, a.a.O., S. 9o.

beteiligte als typischer Unterbeteiligter oder aber als Mitunternehmer im Innenverhältnis zum Hauptbeteiligten unterbeteiligt ist. Diese Auffassung wurde schon in der Rechtsprechung des RFH vertreten[26o] und wird auch von der des BFH weitergeführt. So führt der BFH für den Fall einer typischen Unterbeteiligung aus:[261] "Die Unterbeteiligung eines typischen stillen Gesellschafters muß nach denselben Grundlagen wie die Unterbeteiligung eines Mitunternehmers behandelt werden. Das bedeutet, daß bei der Feststellung des Gewinns des Mitunternehmers (d.h. des Hauptgesellschafters) seine Verpflichtungen und seine Rechte gegenüber dem typischen stillen Gesellschafter berücksichtigt werden müssen. Das hat im Rahmen der einheitlichen Gewinnfeststellung zu geschehen."[262]

Schwieriger wird die Beantwortung der Frage dann, wenn die Unterbeteiligung der Hauptgesellschaft bzw. den übrigen Hauptgesellschaftern nicht bekannt ist. Zur Frage der steuerlichen Behandlung einer an einem Kommanditanteil vereinbarten Unterbeteiligung führte der RFH aus:[263] Hatten die bei einer Mitunternehmerschaft unmittelbar Beteiligten diese Beziehung geheimgehalten, so seien die für die einheitliche Gewinnfeststellung sich ergebenden Schwierigkeiten befriedigend nicht anders zu lösen, als daß der Treuhänder (d.h. der Hauptbeteiligte) und sein Nachmann (der Unterbeteiligte) das Treuhandverhältnis auch noch bei ihrer Veran-

---

26o) RStBl 1933,1o14.

261) BStBl 196o,229.

262) Ähnliche Formulierung in BStBl 1959,249 f. = NJW 1959,146 f. "Ist die Unterbeteiligung der Gesellschaft bekannt, so muß das Unterbeteiligungsverhältnis bereits in dem Gewinnfeststellungsverfahren der Gesellschaft berücksichtigt werden." Ähnlich auch Oberfinanzdirektion Koblenz, Verfügung vom 14.11.1959 BB 196o,34.

263) RStBl 1936,554 f. Die Formulierung ist fast wörtlich diejenige von Becker in seinem Komm. zum EStG 1953, 3.Teil,Bem. 56c zu § 29 EStG/1925.

lagung geltend machen könnten.[264] Diese Auffassung wurde von der Rechtsprechung des BFH nicht aufrechterhalten.[265] Nach dem BFH sei über das Bestehen einer Unterbeteiligung an einer Personalgesellschaft im Verfahren über die einheitliche Gewinnfeststellung auch dann zu entscheiden, wenn das Unterbeteiligungsverhältnis infolge seiner Geheimhaltung im einheitlichen Gewinnfeststellungsverfahren der Hauptgesellschaft nicht berücksichtigt worden sei. Im Falle der Rechtskraft dieses Verfahrens müsse das Unterbeteiligungsverhältnis dann im Verhältnis zwischen dem Unterbeteiligten und dem Hauptbeteiligten im Rahmen eines ergänzenden einheitlichen Feststellungsverfahrens festgestellt werden.[266]

Diesen Ausführungen des BFH hatte sich auch die Literatur angeschlossen. Herrschende Meinung war, daß über die Unterbeteiligung nicht im Gewinnfeststellungsverfahren der Hauptgesellschaft, sondern in einem besonderen Feststellungsverfahren zwischen dem Haupt- und dem Unterbeteiligten zu entscheiden sei, wenn die Unterbeteiligung der Hauptgesellschaft nicht bekannt oder ihr gegenüber sogar geheimzuhalten war.[267] In einer seiner neuesten Entscheidungen hat der BFH das Problem jedoch erneut erörtert und ist dabei zu folgenden Ergebnissen gekommen: "Nach nochmaliger Prüfung hält der Senat an der unterschiedlichen Behandlung der Fälle, in denen die Unterbeteiligung den anderen Gesellschaftern der Hauptgesellschaft bekannt ist, und der Fälle, in denen sie diesen unbekannt ist und auch nicht be-

---

264) Derselben Meinung ist Grieger in BB 196o,62o, hinsichtlich der geheimgehaltenen typischen stillen Unterbeteiligung.

265) Siehe Fußn. 262.

266) In diesem Fall ist nicht das Betriebsfinanzamt, sondern das Wohnfinanzamt des Hauptbeteiligten zur Entscheidung über die Unterbeteiligung berufen. Oberfinanzdirektion Koblenz, a.a.O.; siehe auch die Anm. von Hoffmann in FR 196o,298.

267) Bopp,a.a.O.,S.91; Krah,a.a.O.,S.9oo; Hübschmann, Hepp,Spitaler, a.a.O.,Anm. 15d und e zu § 215 AO; Becker,Riewald,Koch, a.a.O.,Anm.2 Abs.8 zu § 215 AO.

kanntgegeben werden soll, nicht fest." Er vertritt vielmehr die Auffassung, daß die Unterbeteiligung auf jeden Fall nur dann berücksichtigt werden könne, wenn sie dem Finanzamt gegenüber im einheitlichen Gewinnfeststellungsverfahren für die Hauptgesellschaft offengelegt werde.[268)]

Dieses Urteil hat Anlaß zu heftiger Kritik gegeben. Vor allem Esch hat hervorgehoben, daß § 215 Abs. 2 AO eine Einbeziehung des Unterbeteiligten in die Gewinnfeststellung der Hauptgesellschaft nicht erzwinge, da der Unterbeteiligte nicht am Gewinn der Hauptgesellschaft, sondern an dem Gewinn der Unterbeteiligungsgesellschaft teilhabe. Weiter berge die Einbeziehung des Unterbeteiligten ins Gewinnfeststellungsverfahren der Hauptgesellschaft die Gefahr in sich, daß der Unterbeteiligte Kenntnis von den Interna der Hauptgesellschaft erlange und die erworbenen Kenntnisse zu eigenem und fremdem Nutzen gebrauchen könne. Das bedeutet, daß der Unterbeteiligte Kenntnis der Steuerbilanzen einschließlich Erfolgsrechnungen sowie weiterer Besteuerungsunterlagen erhalte, was ihm eben nach der neuesten Rechtsprechung des BGH nicht zustehe.[269)] Schließlich werde durch die Berücksichtigung der geheimgehaltenen Unterbeteiligung im Gewinnfeststellungsverfahren der Hauptgesellschaft die grundlegende Norm des § 22 AO, die das Steuergeheimnis als unverletzlich bezeichnet, verletzt.[27o)]

Man muß abwarten, wie die künftige Rechtsprechung über das Problem der geheimgehaltenen Unterbeteiligung im Rahmen des einheitlichen Gewinnfeststellungs-

---

268) BFH Urt. vom 4.4.1968 BB 1968,1o26.

269) Siehe oben III. Hauptteil, § 4a und b.

27o) Esch in BB 1968,128o ff.; ähnlicher Meinung auch Peter, a.a.O., S.278.

verfahrens der Hauptgesellschaft urteilt. Es ist darauf hinzuweisen, daß Esch gewichtige Argumente gegen die Meinung des BFH angeführt hat, die allerdings nicht neu sind. Schon in der oben genannten Verfügung der Oberfinanzdirektion Koblenz wird angeführt, daß die Einbeziehung des Unterbeteiligten in den einheitlichen Gewinnfeststellungsbescheid der Gesellschaft der Pflicht zur Wahrung des Steuergeheimnisses entgegenstehe. "Eine Unterbeteiligung, die bislang der Gesellschaft verschwiegen worden ist, würde ihr bekannt werden, wenn die Unterbeteiligung in den Gewinnfeststellungsbescheid der Gesellschaft als Mitunternehmerschaft aufgeführt wird."[271]

---

271) BB 196o,34 (siehe oben Fußn.262)

V FÜNFTER HAUPTTEIL:

Die Unterbeteiligung im griechischen Recht

§ 1 Allgemeine Bemerkungen

Die Unterbeteiligung ist als Rechtsinstitut auch im griechischen Recht bekannt, da dessen Wurzeln im römischen Recht zu finden sind.[272] Im Gegensatz aber zu der umfangreichen deutschen Literatur und Judikatur über die Problematik der Unterbeteiligung, fehlt es im griechischen Recht an einer eingehenden Erörterung des Unterbeteiligungsverhältnisses unter dogmatischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten und an einer ausreichenden Zahl von Entscheidungen, die zu einer präziseren Schilderung der Problematik beitragen könnten. Aus dieser wenig ergiebigen Judikatur und Literatur sollen die Hauptmerkmale herausgearbeitet werden, die die in Griechenland herrschende Auffassung wiedergeben, die sich übrigens in keinem einzigen Punkt von den in der deutschen Literatur und Rechtsprechung herrschenden Ansichten unterscheidet.

Dieser Mangel an Aufsätzen und gerichtlichen Entscheidungen ist durchaus erklärlich. Aus der obigen Darstellung (Teile I-IV) ergibt sich deutlich, daß die Unterbeteiligung ein geeignetes Mittel ist, um subtilen wirtschaftlichen Überlegungen der Parteien entgegenzukommen oder steuerliche Vorteile, wie z.B. die Milderung der Steuerprogression in den Familiengesellschaften zu erreichen. Je höher also der wirtschaftliche Stand einer kapitalistisch orientierten Gesellschaft ist, desto öfters tauchen ver-

---

272) nov. 19,2o,21 Pand. (17.2).

feinerte Beteiligungsformen auf, die die Nachteile der kapitalistischen Güterverteilung mindern, indem sie die begrenzte Zahl von wirtschaftlichen Gütern mit bereits fixierten Eigentumsverhältnissen einer größeren Zahl von Geschäftsteilnehmern zugänglich machen. Da aber die wirtschaftliche Entwicklung Griechenlands noch nicht den Stand der übrigen hochindustrialisierten Länder Europas erreicht hat, sind solche Beteiligungsformen nicht so häufig anzutreffen. In den Fällen, in denen sie überhaupt vorkommen, sind sie in ihrer einfachsten Ausgestaltung zu finden, nämlich als Unterbeteiligungen an Anteilen einer OHG. Dazu kommt noch ein weiterer Punkt: wie bereits ausgeführt,[273] tritt die Unterbeteiligung nicht nur bei Personalgesellschaften, sondern auch bei Kapitalgesellschaften in Erscheinung, und zwar an den Anteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Das GmbH-Gesetz Griechenlands ist aber verhältnismäßig neu (Gesetz 3190/1955), so daß Probleme der Unterbeteiligung an GmbH-Anteilen die Rechtsprechung zwar bislang noch nicht beschäftigt haben, aber mit Sicherheit noch zu erwarten sind.

§ 2 Die Unterbeteiligung als schuldrechtliche Beteiligung

Die Unterbeteiligung ist nach herrschender und richtiger Lehre[274] ein Gesellschaftsverhältnis i.S. des Art. 741 GZGB.[275] Sie entsteht durch den Abschluß

---

273) Siehe oben I. Hauptteil, § 2.

274) AP. 409/1940 in Themis NB,33; ApG Saloniki 261/1968 Ep.Emp.Dik. 1,1969; Georgakopoulos, a.a.O.,S.107.

275) "Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich zwei oder mehrere gegenseitig zu der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes, insbesondere eines wirtschaftlichen, durch gemeinsame Beiträge."

eines Vertrags zwischen dem Gesellschafter einer Personalgesellschaft (Hauptbeteiligter) und einem Dritten (Unterbeteiligter), kraft dessen der Hauptbeteiligte seinem Partner eine Quote an den aus dem Hauptgesellschaftsanteil fließenden Vermögensrechten oder an seinem Auseinandersetzungsguthaben einräumt.[276] Zunächst aber ist der Begriff der Personalgesellschaft im griechischen Recht darzustellen. Die Personalgesellschaften werden in zwei große Kategorien eingeteilt: einerseits in Personalgesellschaften, bei denen die Beiträge der Gesellschafter sowie alles, was durch die Geschäftsführung der Gesellschaft für die Gesellschaft erworben wird, entweder allen Gesellschaftern nach Maßgabe des Anteils eines jeden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gemeinsam (Art. 758 ZGB), oder der juristischen Person allein gehört (Art. 784 GZGB);[277] andererseits in die Gesellschaften, die über kein Gesellschaftsvermögen in der oben erwähnten Weise verfügen und bei denen die Beiträge der Gesellschafter in das Vermögen eines einzelnen Gesellschafters einfließen, der für Rechnung der übrigen nach außen hervortritt und Rechtsgeschäfte mit Dritten abschließt, während die übrigen Gesellschafter sich auf einen schuldrechtlichen Anspruch gegen ihren Partner beschränken müssen. Diese zweite Kategorie von Personalgesellschaften wird als einfache schuldrechtliche Beteiligung bezeichnet und hat

---

276) Karavas, a.a.O., § 41o.

277) "Eine Gesellschaft i.S. des vorliegenden Kapitels erlangt, sofern sie einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, juristische Persönlichkeit unter Beachtung der zu diesem Zweck für die offenen Handelsgesellschaften im Gesetze vorgeschriebenen Öffentlichkeitsbestimmungen. Die Persönlichkeit dieser bürgerlichen Gesellschaft besteht bis zum Schluß der Auseinandersetzung und für deren Bedürfnisse fort."

ihre gesetzliche Grundlage in Art. 47 GHGB.[278)]

Hauptmerkmale dieser schuldrechtlichen Beteiligung sind einerseits das Fehlen einer gemeinschaftlichen Tätigkeit der Gesellschafter Dritten gegenüber, d.h. es fehlt an einer Vertretung dieser Gesellschaft (Innengesellschaft), andererseits das Fehlen eines Gesellschaftsvermögens i.S. des Art. 758 GZGB.

Das Gesellschaftsvermögen dieses Gesellschaftstyps steht dem oder den nach außen in Erscheinung tretenden Gesellschaftern zu und verbleibt bis zur Auflösung der Innengesellschaft bei ihnen, während die Innengesellschafter nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf anteilsmäßige Beteiligung an den Gewinnen aus der von dem Außengesellschafter ausgeübten Tätigkeit haben. Nach Auflösung der Innengesellschaft haben die Stillen einen Anspruch auf Rückgewähr der von ihnen geleisteten Einlage, solange diese nicht durch etwaige Verluste gemindert oder gar aufgezehrt worden ist.

In den gesellschaftlichen Formen der schuldrechtlichen Beteiligung schließen die Dritten Rechtsgeschäfte nur mit dem nach außen hin auftretenden Gesellschafter ab. Nur er wird aus den abgeschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet, während die Innengesellschafter im Verhältnis zu diesen Geschäften die Stellung eines Dritten einnehmen, der daraus weder Rechte noch Pflichten herleiten kann.[279)] Demzufolge können die Gläubiger des Außengesellschafters nicht die Innengesellschafter wegen der Schulden des Außengesellschafters in Anspruch nehmen, es sei denn, daß die

---

278) Das GHGB ist eine Übersetzung des franz. code de commerce (Fassung von 1807) und im Art. 47 wird die association en participation geregelt. Von dem ursprünglichen Text des GHGB sind noch 67 Artikel gültig. Die übrigen wurden von neueren Gesetzen ersetzt.

279) Anastasiades in Themis Lamda Ita, S. 75.

Voraussetzungen des Art. 1o25 § 2 GZPO[280)] gegeben wären. Es handelt sich um eine Art der "action oblique" des franz. code civil,[281)] die dem Gläubiger das Recht gibt, die Rechte seines eigenen Schuldners gegen dessen Schuldner gerichtlich geltend zu machen, vorausgesetzt, daß der Schuldner die Ausübung seiner Vermögensrechte ablehnt oder vernachlässigt.[282)] Durch diese "action oblique" können die Innengesellschafter nur bis zur Höhe ihres Verlustanteils, falls eine Verlustbeteiligung des Innengesellschafters überhaupt vereinbart worden ist, in Anspruch genommen werden.[283)]

§ 3 Sachfragen

Unter dem Oberbegriff der schuldrechtlichen Beteiligung wird auch die Unterbeteiligung eingeordnet. Sie hat auch deren Hauptmerkmale: Sie ist eine Innengesellschaft, die zwischen dem Gesellschafter einer Personalgesellschaft und einem Dritten abgeschlossen

---

28o) Die GZPO wurde 1834 von Georg von Maurer, Mitglied der Regentschaft, verfaßt und wurde am 16.9.1968 von der neuen GZPO ersetzt. Der Art, 1o25 der alten GZPO lautet:
Jeder Gläubiger ist berechtigt:
1. direct gegen seinen Schuldner alle Maasregeln zu ergreifen, welche zur Sicherung oder Einhaltung seiner, wenn auch bedingten, und noch nicht fälligen sondern blos künftigen Rechte zweckmässig und zulässig sind.
2. Namens seines Schuldners alle Rechte desselben auszuüben, insbesondere diesem zustehende Hypothekeninscriptionen zu nehmen u.drgl.m., insofern solche Handlungen zur Sicherung, Erhaltung oder Befriedigung seiner eigenen Forderung dienen koennen.
Vgl. auch die entsprechende Regelung des Art. 73 der neuen GZPO. Delikostopoulos-Sinaniotis,a.a.O., Anm. 1 u. 2 zu Art. 73 GZPO.

281) Art. 1166 code civil: Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous des droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. - Zum Vergleich von Art. 1o25 GZPO mit Art. 1166 cc siehe Fragistas, a,a,O., S. 473 f.

282) Rammos, a.a.O., S.548.

283) Rokas, a.a.O., S.219 f.

wird. Zweck dieser Innengesellschaft ist die Nutzung des Anteils des Hauptbeteiligten.[284] Da die Regeln der Art. 741 ff. GZGB auch auf die Unterbeteiligung Anwendung finden, bedarf es seitens des Unterbeteiligten der Leistung eines Beitrags (Art. 741 GZGB). Der Beitrag kann in einer Geldsumme, einer Sache quoad dominium oder quoad usum oder schließlich in der Leistung von Diensten bestehen. So z.B. wurde in einem Unterbeteiligungsvertrag vereinbart, daß der Hauptgesellschafter dem Dritten A eine Unterbeteiligung an seinem Anteil unter der Bedingung einräumt, daß der Unterbeteiligte A persönlich die Arbeiten der Spinnerei, die von der Hauptgesellschaft betrieben wurde, übernimmt.[285]

In einem interessanten Fall, durch den viele Fragen der Unterbeteiligungsgesellschaft geklärt worden sind, ging es um folgendes:[286] Der A hatte dem B eine Unterbeteiligung an dem Anteil einer künftig zu gründenden OHG eingeräumt. Kurze Zeit später wurde die OHG auch tatsächlich von A und einem C gegründet. Bei der Gründung der OHG ist jedoch dem gesetzlichen Publizitätserfordernis nicht Rechnung getragen worden (Art. 42 GHGB).[287] Die Folge hiervon war die Nichtigkeit der gegründeten OHG. Trotzdem trat sie nach außen hin als Gesellschaft auf, schloß mit Dritten Geschäfte ab und wurde über einen gewissen Zeitraum tätig, als wäre sie gültig gegründet. Da der Unterbeteiligte aber die von ihm versprochene Summe noch nicht geleistet hatte, klagte der A gegen ihn auf Leistung des vereinbarten Betrages. B berief

---

284) Georgakopoulos, a.a.O.

285) AP 76/1905 Themis IZ,19.

286) ApG Korfu 41/1922 Themis Lamda Gamma, 331.

287) Art. 42 GHGB verlangt schriftliche Fassung des Gesellschaftsvertrags, dessen Eintragung in das zu diesem Zwecke bestimmte Register und die vorschriftsmäßige Veröffentlichung der Satzung der OHG.

sich auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags und damit der Hauptgesellschaft und führte aus, daß die Nichtigkeit der Hauptgesellschaft auch die Nichtigkeit der Unterbeteiligung zur Folge habe, weil auch der Unterbeteiligungsvertrag die Öffentlichkeitserfordernisse des Art. 42 GHGB nicht erfülle. Aus einem nichtigen Rechtsgeschäft aber könnten keine Verpflichtungen entstehen. Demzufolge erachte er sich von der Verpflichtung, den versprochenen Beitrag zu leisten, befreit. Das ApG war jedoch anderer Ansicht. Es führte aus, daß die Unterbeteiligung als Gesellschaftsverhältnis von der Hauptgesellschaft deutlich zu unterscheiden sei (Art. 1711 IZGB).[288] Als Innengesellschaft i.S. des Art. 47 GHGB unterliege sie nicht den Erfordernissen des Art. 42 GHGB, der den Schutz der Öffentlichkeit bezwecke. Im übrigen könnten sich auf die Nichtigkeit der Hauptgesellschaft nur die in Art. 42 § 2 GHGB genannten Personen - d.h. die Hauptgesellschafter - und nicht der Unterbeteiligte, der zur Hauptgesellschaft in keinerlei rechtlichen Beziehungen steht, berufen. Schließlich wirke die Nichtigkeit der Hauptgesellschaft, falls sie von den dazu berechtigten Personen geltend gemacht werde, nicht ex tunc, sondern lediglich ex nunc. Durch die Teilnahme am Geschäftsverkehr sei ein faktisches Gesellschaftsverhältnis zustande gekommen, für das die Bestimmungen über die bürgerliche Gesellschaft bzw. die OHG maßgebend seien. Für die Gültigkeit der Unterbeteiligung genüge das Auftreten der Hauptgesellschaft als faktische Gesellschaft im Rechtsverkehr. Die Unter-

---

288) Ionisches Zivilgesetzbuch. Es handelt sich um ein Gesetzbuch, das von Mai 1841 bis Juli 1866 unter dem Namen "Codice Civile degli Stati uniti delle Isole Ionie" in den Ionischen Inseln gegolten hat. Die Artikel 1681 bis 1723 (Gesellschaft) sind eine Übersetzung der Art. 1832 bis 1873 des franz. code civil. Der Art. 1711 gibt also den Text des Art. 1861 code civil wieder.

beteiligung sei also als solche gültig abgeschlossen worden und der Unterbeteiligte daher verpflichtet, die von ihm versprochene Summe an den Hauptbeteiligten zu zahlen. Da er sich auch im Verzug befunden habe, müsse er für den dadurch entstandenen Schaden des Hauptbeteiligten aufkommen. Der Hauptbeteiligte habe das Recht, die Unterbeteiligungsgesellschaft mit Wirkung ex nunc zu kündigen.[289)]

Durch dieses Urteil wurden folgende Punkte klargestellt: Der Abschluß eines Unterbeteiligungsvertrags ist auch dann möglich, wenn die Hauptbeteiligung bzw. die Hauptgesellschaft noch nicht besteht.[29o)] In diesem Fall ist nach dem Wortlaut des Urteils der Abschluß der Hauptgesellschaft "Bedingung" oder "künftige causa" des schon abgeschlossenen Unterbeteiligungsverhältnisses. Weiter unterliegt der Unterbeteiligungsvertrag nicht den Erfordernissen des Art. 42 GHGB. Dieser Gedanke des ApG führt auch dazu, daß die Einräumung einer Unterbeteiligung an einem Anteil an einer GmbH nicht der notariellen Beurkundung bedarf, die für die Übertragung der GmbH-Anteile selbst zwingend vorgeschrieben ist (Art. 28 § 3 GGmbHG).[291)] Mit diesem Problem hat sich die griechische Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nicht befaßt. Da aber die Rechtsprechung der deutschen Gerichte dasselbe Formerfordernis für die Einräumung einer Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil für nicht erforderlich erachtet, könnte man die im deutschen Recht gegebenen Lösungen auch im griechischen Recht entsprechend anwenden. Räumt also ein GmbH-Gesellschafter einem Dritten eine Unterbeteiligung an seinem Anteil ein, dann kann der Unterbeteiligungsvertrag formfrei abgeschlossen werden, während die Abtretung des GmbH-

289) Art. 1715 § 8 und 1719 IZGB.

29o) Georgakopoulos, a.a.O., S.99.

291) Moumouris, a.a.O., § 74.

Anteils der notariellen Beurkundung bedarf. Der Unterbeteiligte ist im Verhältnis zur Hauptgesellschaft Dritter, der sich weder auf die relative Nichtigkeit der Hauptgesellschaft berufen kann, noch in irgendwelchen rechtlichen Beziehungen zu ihr steht. Dies ist auch die durchaus herrschende Ansicht in Literatur[292] und Rechtsprechung. So hatte der Arios Pagos folgenden Fall zu entscheiden:[293] die Gesellschafterin A einer OHG hatte, ohne Zustimmung ihrer Mitgesellschafter, ihren Anteil an ihre Schwester B schenkweise übertragen (Art. 496 GZGB). Nach kurzer Zeit löste sich die OHG auf, und die B verlangte die Bestellung von Liquidatoren. Der Arios Pagos führte dazu aus, daß nach Art.761 GZGB[294] der Gesellschafter seine Beteiligung an einen Dritten übertragen könne, der Dritte aber nicht zum Mitgesellschafter der übrigen Hauptgesellschafter werde, wenn diese mit der Übertragung nicht einverstanden seien. Der Dritte werde lediglich zum Unterbeteiligten des übertragenden Gesellschafters und trete als solcher in keine rechtlichen Beziehungen zur Hauptgesellschaft. Demzufolge sei die Beschenkte nicht befugt, die Bestellung von Liquidatoren zu verlangen.

Die Unterbeteiligung ist also ein Gesellschaftsverhältnis, das durch Vertrag entsteht und auf das auch die Art. 741 ff. GZGB Anwendung finden. Unter diesem Gesichtspunkt scheint mir die Meinung von Karavas[295] unvertretbar, wenn er ausführt, daß die Unterbeteili-

---

292) Karavas, a.a.O.; Georgakopoulos, a.a.O., S.1o7; Loukopoulos, a.a.O., S.6o1.

293) In Themis Xi Vita 1951,483 = EEN Iota Ita, 597; Vgl. auch AP 4o9/194o (Fußn. 274); AP 1/1961 Nomikon Vima 1961,6o1.

294) "Jeder der Gesellschafter ist den anderen gegenüber verpflichtet, bis zur Beendigung der Auseinandersetzung über seinen Anteil an den gemeinsamen Gegenständen nicht zu verfügen. Er ist auch nicht berechtigt, vor der Beendigung der Auseinandersetzung die Teilung von solchen Gegenständen zu verlangen."

295) Karavas, a.a.O.

gung sowohl in der Form einer "association en participation" als auch durch Abtretung entstehen könne. Zwischen der Abtretung und dem Gesellschaftsverhältnis aber bestehen erhebliche Unterschiede, die nicht zu übersehen sind. Es entsteht ein qualitativ anderes Verhältnis, wenn der Hauptbeteiligte einem Dritten seine Gewinnanteilsansprüche abtritt oder wenn er ihm eine Unterbeteiligung einräumt. Im ersten Fall wird der Dritte Gläubiger der Hauptgesellschaft und kann den ihm abgetretenen Anspruch direkt gegen die Gesellschaft geltend machen. Im zweiten Fall aber erwirbt der Dritte keine direkten Ansprüche gegen die Gesellschaft. Er kann nur intern im Verhältnis zum Hauptbeteiligten den ihm zustehenden Anteil an den Erträgen der Hauptbeteiligung verlangen. Daß der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten auch seine vermögensrechtlichen Ansprüche abtreten kann, unterliegt keinem Zweifel, doch macht in diesem Fall der Innengesellschafter den abgetretenen Anspruch gegen die Gesellschaft nicht mehr als Unterbeteiligter, sondern als Zessionar des Hauptbeteiligten geltend.

Unzutreffend scheint mir auch die folgende Auffassung von Loukopoulos zu sein.[296] Er führt aus, daß nach dem GZGB (Art. 761) der Gesellschafter seinen Anteil an der Gesellschaft nicht übertragen könne, wenn die übrigen Gesellschafter einer solchen Übertragung nicht zustimmten bzw. die Satzung der Gesellschaft eine solche Übertragung verbiete. Ein Dritter könne also nur dann "an der Gesellschaft teilnehmen", wenn ihre Satzung entsprechend geändert werde, so daß er von den übrigen Gesellschaftern als Mitgesellschafter aufgenommen wird, oder wenn er die Stellung eines Unterbeteiligten einnimmt. Wenn ich Loukopoulos richtig ver-

296) Loukopoulos, a.a.O., siehe Fußn. 292.

standen habe, so meint er, daß der Unterbeteiligte an der Gesellschaft und zwar an der Hauptgesellschaft teilnimmt. Eine solche Auffassung steht nicht nur zur herrschenden Lehre in Widerspruch, sondern verkennt auch den Sinn des Unterbeteiligungsverhältnisses, der eben darin besteht, die durch Gesetz (Art. 761 GZGB) und Satzung erschwerte Möglichkeit der Beteiligung an einem schon existierenden gesellschaftlichen Zusammenschluß durch den Abschluß des Unterbeteiligungsvertrags wirtschaftlich auszugleichen. Rein begrifflich also kommt eine Teilnahme des Unterbeteiligten an der Hauptgesellschaft selbst nicht in Frage. Dies sieht auch Loukopoulos, wenn er anerkennt, daß zwischen dem Unterbeteiligten und der Hauptgesellschaft kein juristisches Verhältnis existieren könne. Meines Erachtens handelt es sich lediglich um eine unklare Formulierung, da Loukopoulos, wie seine weiteren Ausführungen beweisen, von der herrschenden Lehre überhaupt nicht abweichen wollte.[297)]

Aus der Tatsache, daß die Unterbeteiligung Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil ist, ergibt sich, daß der jeweilige Bestand der Hauptbeteiligung auch den Inhalt der Unterbeteiligung bestimmt. Der Inhalt des Hauptgesellschaftsvertrages bildet nämlich den Rahmen, innerhalb dessen der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten Rechte einräumen kann.[298)] Dieses Ergebnis ist auch die Folge der Regel "nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet." Die Unterbeteiligungsgesellschaft ist also rechtlich und

---

297) Er meint, daß dem Unterbeteiligten nur Vermögensrechte eingeräumt werden könnten, unter Ausschluß derjenigen Rechte, die mit der Eigenschaft des Hauptbeteiligten als Mitglied der Hauptgesellschaft eng verknüpft seien.

298) Georgakopoulos, a.a.O.

wirtschaftlich von dem Umfang des Hauptanteils abhängig, und durch diese Abhängigkeit wird die Untergesellschaft zum rechtlichen und wirtschaftlichen "accessorium" der Hauptgesellschaft.[299] Diese Abhängigkeit des Unterbeteiligungsverhältnisses von den Bestimmungen des Hauptgesellschaftsvertrags zeigt sich in folgendem Fall:[300] Der Gesellschafter A hatte dem B eine Unterbeteiligung in Höhe von 5.000 Dr. an seinem Anteil eingeräumt "gemäß der Bestimmungen und Verpflichtungen der Satzung der Hauptgesellschaft." Die Hauptgesellschaft löste sich auf; ihr einziges Vermögen bestand in einigen Maschinen. Laut Gesellschaftsvertrag war jeder Gesellschafter berechtigt, einen seiner Einlage entsprechenden Anteil an dem von dem Verkauf der Maschinen erzielten Erlös zu verlangen. Der Unterbeteiligte verlangte von seinem Geschäftspartner seinen Anteil an dem ihm (dem Hauptbeteiligten) zustehenden Betrag. Der Hauptbeteiligte verweigerte jedoch die Zahlung. Der Arios Pagos war der Meinung, daß der Unterbeteiligte einen Anteil an dem aus dem Verkauf der Maschinen erzielten Erlös zu fordern berechtigt sei, da die Bestimmungen des Hauptgesellschaftsvertrags auch Bestandteil des Unterbeteiligungsvertrags geworden seien, und demzufolge dem Unterbeteiligten ein seiner Quote entsprechender Anteil des auf den Hauptbeteiligten entfallenden Betrags zustände.

Der akzessorische Charakter der Unterbeteiligungsgesellschaft hat zur Folge, daß die Auflösung der Hauptgesellschaft auch die Auflösung der Unterbeteiligung bewirkt und zwar ipso jure.[301] Die Untergesellschaft

---

299) Als accessorium der Hauptgesellschaft wird die Unterbeteiligung auch im Urt. des ApG Saloniki, a.a.O. bezeichnet.

300) AP 38,1910 in Themis KA,233.

301) ApG Saloniki, a.a.O.

kann aber auch aus anderen Gründen aufgelöst werden und zwar selbständig vor der Auflösung der Hauptgesellschaft. Ist z.B. die Unterbeteiligung für eine bestimmte Zeit eingegangen, so wird sie mit dem Ablauf dieser Zeit aufgelöst (Art. 765 GZGB). Das Gesetz gibt weiter jedem Gesellschafter die Möglichkeit, das Gesellschaftsverhältnis zu kündigen und in dieser Weise die Auflösung der Unterbeteiligung durch einseitige Willenserklärung herbeizuführen. Ist die Unterbeteiligung auf unbestimmte Zeit eingegangen, so kann sie "jederzeit durch Kündigung von seiten jedes einzelnen Gesellschafters aufgelöst werden (Art. 767 § 1 GZGB). Ist dagegen die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann sie "vor Ablauf dieser Zeit durch Kündigung aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt." (Art. 766 GZGB).[3o2] Der vom ApG Saloniki entschiedene Fall verdeutlicht diese Regelung:[3o3] Der Unterbeteiligte des Gesellschafters A hatte das Unterbeteiligungsverhältnis aus wichtigem Grund - der allerdings aus dem Urteil nicht ersichtlich ist - fristlos gekündigt. Das LG hatte die Kündigung als wirksam erachtet; in der Berufung wurde vorgetragen, daß die Unterbeteiligung kein selbständiges Gesellschaftsverhältnis darstelle und daß sie deswegen nicht durch Kündigung aus wichtigem Grund aufgelöst werden könne, sondern daß nur die Auflösung der Hauptgesellschaft die Auflösung auch der Unterbeteiligung zur Folge habe. Dieser Auffassung ist das ApG nicht beigetreten. Es hat ausgeführt, daß, obwohl die Unterbeteiligung ein accessorium der Hauptgesellschaft sei und folglich deren Auflösung auch die Auflösung der Unterge-

---

3o2) Siehe auch die Art. 77o und 771 GZGB, wenn der wichtige Grund in der Verletzung "der einem Gesellschafter obliegenden Pflichten durch diesen" besteht.

3o3) ApG Saloniki, a.a.O.

sellschaft bewirke, die Unterbeteiligung aber dennoch ein rechtlich selbständiges Gesellschaftsverhältnis bilde, das auch vor Ablauf der vertraglich bestimmten Zeit durch Kündigung aus wichtigem Grund gemäß Art. 766 GZGB aufgelöst werden könne.

Als weiterer Auflösungsgrund kommen die Auflösung wegen Nichterreichung des Gesellschaftszweckes (Art.772 GZGB), wegen Entmündigung oder Konkurs eines Gesellschafters (Art. 775 GZGB) und schließlich wegen Todes des Haupt- oder des Unterbeteiligten (Art. 773 GZGB) in Betracht. In dem einzigen mir bekannt gewordenen Fall[304] über die Auflösung der Untergesellschaft wegen Todes des Hauptbeteiligten handelte es sich, soweit aus dem Urteil ersichtlich, um folgendes: Der A hatte dem B eine Unterbeteiligung an seinem Anteil eingeräumt. Nach dem Tode des Hauptbeteiligten A nahm dessen Erbe den B wegen einer Forderung "aus dem Unterbeteiligungsverhältnis" in Anspruch, die aber angeblich erst nach dem Tode des A entstanden war. Der Erbe behauptete, daß der Tod des Hauptbeteiligten die Unterbeteiligung nicht aufgelöst habe, daß sie vielmehr zwischen ihm (dem Erben) und dem Unterbeteiligten weiterbestehe und daß er aus diesem Grund das Recht habe, die Erfüllung der Forderung seitens des Unterbeteiligten zu verlangen. Der Arios Pagos hat der Klage des Erben nicht stattgegeben, sondern vertrat die Auffassung, daß die Unterbeteiligung eine association en participation i.S. des Art. 47 GHGB sei, die sich gemäß Art. 773 GZGB durch den Tod des Hauptgesellschafters auflöse. Demzufolge könne der Erbe gegen den B nur diejenigen Ansprüche geltend machen, die in der Zeit zwischen der Errichtung der Unterbeteiligung und dem Tode des A entstanden seien.

304) AP 282/1905 in Themis Iota Zita, 307.

§ 4 Schlußfolgerung

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß die Unterbeteiligung im deutschen und im griechischen Recht ähnlich aufgefaßt wird, nämlich als eine Innengesellschaft, deren Zweck die Nutzung des Anteils eines Gesellschafters einer Personal- bzw. einer Kapitalgesellschaft ist. Die Tatsache, daß im deutschen Recht ein Fall der stillen Beteiligung gesetzlich geregelt ist (§§ 335 ff. HGB), macht es möglich, einerseits die gesetzlichen Lösungen für entsprechende Probleme auch im griechischen Recht anzuwenden (z.B. die Regelung des § 338 HGB bezüglich der Kontrollrechte des Unterbeteiligten), andererseits auf die durch langjährige Beschäftigung mit der Problematik gesammelte Erfahrung der deutschen Rechtsprechung und Lehre für die Lösungen künftiger Schwierigkeiten im Bereich des griechischen Rechts zurückzugreifen. Ob die Zahl der Unterbeteiligungen in Zukunft zunehmen wird, kann nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden. Aus der vorliegenden Arbeit geht aber hervor, daß es beim Auftreten neuer Unterbeteiligungsprobleme im griechischen Wirtschaftsleben ohne weiteres möglich sein wird, die ausgereiften Prinzipien der deutschen Praxis auch im Bereich des griechischen Rechts anzuwenden, da die Rechtsfragen über die Unterbeteiligung im deutschen Recht von dogmatischer und praktischer Hinsicht her befriedigend und sachgerecht gelöst worden sind.

E N D E

LITERATURVERZEICHNIS:

I. Deutsches Recht

A. Kommentare, Lehr- und Handbücher

1.	Baumbach-Duden	Kommentar zum HGB 16. Aufl. Berlin u. München 1964 17. Aufl. " " 1967
2.	Böhle-Stammschräder	Konkursordnung, 9.Aufl.,München 1969
3.	Bühler,O.	Steuerrecht in Gesellschaften u. Konzernen, 2.Aufl.,Berlin u. Frankfurt 1953
4.	Bornemann,Waldeck, Strohn, Bürgers	Das AdHGB mit Erläuterungen nach den Materialien und Benutzung der sämtlichen Vorarbeiten, Berlin 1862
5.	Behrend,J.	Handbuch des Handelsrechts,Bd.1, Berlin u. Leipzig 1886
6.	Becker-Riewald-Koch	Kommentar zur Reichsabgabeordnung, Bd.2, 9.Aufl., Köln,Berlin,Bonn,München 1965
7.	Düringer-Hachenburg	Kommentar zum HGB, 3.Aufl.,Bd.2, 1. Hälfte Mannheim,Berlin,Leipzig 1932, erläutert von K.Geiler (zit.:Geiler-Düringer-Hachenburg)
8.	Dove-Meyerstein	Gutachten über Handelsgebräuche, Bd.4, Berlin 1930
9.	Erman,W.	Handkommentar zum BGB,Bd.1, 3.Aufl. Münster 1962
10.	von Gierke,J.	Handels- und Schiffahrtsrecht, 7. Aufl., Berlin 1953
11.	Guhl,T.	Das schweizerische Obligationenrecht, 4.Aufl.,Zürich 1948

12. von Hahn, F. — Commentar zum AdHGB, Bd. 1, Braunschweig 1863

13. Heifron, Ed. — Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1912

14. Hübschmann-Hepp-Spitaler — Kommentar zur Reichsabgabeordnung, 1.-5. Aufl., Köln 1955-1966

15. Hueck, A. — Gesellschaftsrecht, 14. Aufl., München 1968

16. Kaser, M. — Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, München 1955

17. Köst, E. — Juristisches Wörterbuch, 6. Aufl., Bremen 1967

18. Larenz, K. — Schuldrecht, II, Bd., 9. Aufl., München 1968

19. Lastig — in: Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 1, Leipzig 1881

20. Makower, H. — Das AdHGB, Berlin 1880

21. Mentzel-Kuhn — Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1962

22. Model-Haegele — Testament und Güterstand des Unternehmens, 5. Aufl., Kölm 1966

23. Motive ... — Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Berlin u. Leipzig 1888

24. Palandt, O. — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 25. Aufl., München u. Berlin 1966

25. Peter, K. — Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmerformen, 2. Aufl., Berlin 1970

26. Protokolle ... — Protokolle der Kommission zur Beratung eines AdHGB, hrsg. von J. Lutz, Würzburg 1862

27. Puchelt, E. — Kommentar zum AdHGB, Bd. 1, 4. Aufl. Leipzig 1894

28.	Reichsgerichtsräte	Kommentar zum HGB, Bd.2, 2.Aufl., Berlin 195o, erläutert von Weipert u.a. (zit.: Weipert in RGRK)
29.	Schlegelberger-Geßler	Kommentar zum HGB, Bd.2, 4.Aufl., Berlin u. Frankfurt 1963
30.	Scholz,F.	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4.Aufl. Köln 196o
31.	Schneider-Martin	Familienunternehmen und Unternehmertestament, 4.Aufl., Heidelberg 1963
32.	Siegwart,A.	Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd.5, 4. Teil, Zürich 1938
33.	Staub	Kommentar zum AdHGB, 3. u. 4. Aufl., Berlin 1896
	ders.	Kommentar zum HGB, 6. u. 7.Aufl., Berlin 19oo
	ders.	Kommentar zum HGB, 14.Aufl., Berlin u. Leipzig 1933, erläutert von Pinner (zit.:Staub-Pinner)
34.	Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, 1o.Aufl.,Bd.3, Stuttgart,Berlin,Köln,Mainz 1969, erläutert von Schultze-von Lasaulx (zit.: Soergel-Schultze-von Lasaulx)
35.	von Staudinger,J.	Kommentar zum BGB, 1o.Aufl., Bd.2, Teil 3, München,Berlin, Leipzig 1939-1943, erläutert von K.Geiler (zit.: Staudinger-Geiler)
36.	Stehle-Stehle	Die Gesellschaften, 2.Aufl., Stuttgart,München,Hannover 1967
37.	Thöl,H.	Das Handelsrecht, 1.Bd.,6.Aufl., Leipzig 1879
38.	Trost-Schütz	Bankgeschäftliches Formularbuch, 14. Aufl., Berlin 1955
39.	Westermann-Scherpf-Paulick-Bulla-Hackbeil	Handbuch der Personalgesellschaften, Köln 1967

40. Wurm-Wagner-Zartmann — Das Rechtsformularbuch, 7.Aufl., Straubing 1964

B. Monographien und Aufsätze

41. Bopp,G. — Die Unterbeteiligung am gewerblichen Unternehmen im Steuerrecht, Düsseldorf 1956

42. Böttcher,C. — Zum Steuer- und Wirtschaftsrecht der Familienunternehmen, in: StbJb 1964/65, S.93

43. Böttcher-Zartmann — Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, Forkel Reihe, Stuttgart 1968

44. Densow — Die Unterbeteiligung im Steuerrecht, DB 1953, S.218

45. Düchting,A. — Die Unterbeteiligung im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht, BB 1963, S.8o8

46. ders. — Zur steuerlichen Beurteilung von Unterbeteiligungen bei Familiengesellschaften,Anm.zum Urteil des BFH vom 17.11.1964, BB 1965,783

47. Esch,G. — Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, NJW 1964, S.9o2

48. ders. — Die Unterbeteiligung im Steuerrecht, NJW 1964, S.2o44

49. ders. — Zur steuerlichen Behandlung der Unterbeteiligung,Stellungnahme zum Urteil des BFH vom 4.4.1968, BB 1968,S.128o

50. Felix,G. — Die Unterbeteiligung, FR 196o, S.237

51. Fischer,R. — Fragen aus dem Recht der stillen Gesellschaft, JR 1962, S.2o1

52. Greifeld,R. — Die Unterbeteiligung an der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, Diss. iur. Leipzig 1938

53. Grieger — Anmerkung zum Urteil des BFH vom 17.11.1964, BB 1965,S.528

54. Groß — Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, DB 195o, S.424

55. Habscheid,W. — Faktische Innengesellschaften? BB 1955, S.5o

56. Hartmann,P. — Die stille Gesellschaft, Freiburg i.Br. 1966

57. Hecht, G. — Die Unterbeteiligung,Diss.iur. Gießen 1933

58. Herzfeld,E. — Die Unterbeteiligung, AcP 137, S.27o

59. Hesselmann,M. — Die Unterbeteiligung an GmbH-Anteilen, GmbH-Rdsch. 1964, S.26

60. Hoeniger,H. — Innengesellschaften und Innensyndikat, in: ZHR 84,S.459

61. Hoffmann — Anmerkung zum Urteil des BFH vom 3o.1o.1958, FR 196o,S.298

62. ders. — Anmerkung zum Urteil des BFH vom 19.1.196o, FR 196o, S.545

63. Hundertmark,D. — Gründung einer sog. Innengesellschaft mit Minderjährigen, BB 197o, S.165

64. Janberg,H. — Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, DB 1953, S.77

65. Koenigs,F. — Die stille Gesellschaft,Berlin 1961

66. Knoke,P. — Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB für das deutsche Reich, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des deutschen Reichs, Bd.7, Jena 19o1,S.48o

67. Krah,R. — Die Unterbeteiligung an einem Mitunternehmeranteil im Steuerrecht, NJW 1965, S.898

68. Labus,O. — Anmerkung zum Urteil des BFH vom 17.11.1964, BB 1965,S.528

69. Merkel,K. — Mängel in Personalgesellschaftsverträgen des Handelsrechts, BB 1963, S.455

70. ders. — Zur Problematik der Unterbeteiligung an einer OHG-Beteiligung, NJW 1966,S.1552

71. Otto,H. — Moderne Erscheinungsformen der stillen Beteiligung, BB 1948, S.21o

72. Paulick,H. — Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln 1959

73. Pöllinger,M. — Die Unterbeteiligung, Diss.iur. Erlangen 1932

74. Reis,E. — Die Unterbeteiligung unter besonderer Berücksichtigung des Unterkonsortialvertrags, Diss. iur. Frankfurt a.M. 192o (Maschinenschrift)

75. Schafheutle,J. — Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, München,Berlin,Leipzig 1931

76. Schneider,H. — Die Unterbeteiligung an Anteilen an einer Personalgesellschaft als stille Gesellschaft,in: Festschrift für Philipp Möhring, München u. Berlin 1965,S.115

77. ders. — Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, DB 1954, S.739

78. Schuwardt,G. — Gewerbesteuer bei der Unterbeteiligung, BB 1962, S.554

79. Siebert,W. — Die faktische Innengesellschaft, BB 1958, S.1o65

80. ders. — Zur atypischen stillen Gesellschaft, NJW 1953,8o6

81. Spahn — Die Innengesellschaft in bürgerlich-rechtlicher und steuerlicher Beurteilung, FR 196o,S.455

82. Steckhan, H.W. — Die Innengesellschaft, Berliner Juristische Abhandlungen, Bd.12, Berlin 1966

83. Stegmaier — Einheitliche Gewinnfeststellung bei Unterbeteiligung, FR 1960, S.135

84. Thoma, R. — Die Unterbeteiligung und ihre steuerliche Beurteilung, StbJb 1954/55, S.216

85) Tiefenbacher, E. — Die Personalgesellschaft und das neue eheliche Güterrecht, BB 1958, S.565

86) Wendelstein, H. — Die Unterbeteiligung als zweckmäßige Erbfolgeregelung, BB 1970, S.735

II. Griechisches Recht

87. Anastasiades — Gutachten, in: Themis Lamda Ita, S.75

88. ders. — Anmerkung zu dem Urteil des Arios Pagos 342/1934 in: Themis MST 1934

89. Delikostopoulos-Sinaniotis — Kommentar zur ZPO, Bd.1, Athen 1968

90. Fragistas, Ch. — Die Prozeßstandschaft im internationalen Prozeßrecht, in: Festschrift für Lewald, Basel 1953, S.471

91. Georgakopoulos — Das Recht der Gesellschaften, Bd.1, Athen 1965

92. Gogos, D. — Das Zivilgesetzbuch Griechenlands (deutsche Übersetzung), Berlin u. Tübingen 1951

93. Karavas, K. — Handbuch des Handelsrechts, 6.Aufl., Athen 1962

94. Loukopoulos,A. Anmerkung zum Urteil des Arios Pagos 1/1961,in: Nomikon Vima 1961, S.6o1

95. Moumouris,M. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2.Aufl.,Athen 196o

96. Rammos,G. Elemente der griechischen ZPO, Bd.1, 5.Aufl., Athen 1961

97. Rokas,K. Gutachten, in: Epitheorisis Emporikou Dikaiou 1959,S.216

L e b e n s l a u f

Ich bin am 26. Oktober 1943 in Nea Smyrni, Athen als erster Sohn des Rechtsanwaltes Johannes Andreopoulos und seiner Ehefrau Pari, geb. Paschali geboren. Zuerst besuchte ich eine Privatschule in Nea Smyrni. Im Alter von 10 Jahren wurde ich im Athens College aufgenommen. Dort legte ich im Juli 1962 die Reifeprüfung ab.

Im Oktober 1962 begann ich nach erfolgreich bestandener Aufnahmeprüfung an der Universität Athen das Studium der Rechtswissenschaft. Ich legte im Dezember 1967 die erste Juristische Staatsprüfung ab. Im April 1968 gewährte mir der Deutsche Akademische Austauschdienst ein Stipendium, das es mir ermöglichte bei Prof. Dr. Ernst von Caemmerer im Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Freiburg i. Br. die vorliegende Dissertation anzufertigen. Im Dezember 1970 legte ich das Rigorosum ab. Seit Januar 1971 befinde ich mich in Griechenland, wo ich bis Juli 1973 Militärdienst ableisten muß.